



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

**DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO
ITALIANO E SOVRANAZIONALE**

Corso di Dottorato in Diritto pubblico, internazionale ed europeo
XXXIV ciclo
Curriculum in Diritto internazionale e dell'Unione europea

TESI DI DOTTORATO

**Il controllo delle concentrazioni nell'Unione europea
a oltre trent'anni dalla sua introduzione:
la ricerca di un nuovo modello
tra spinte tecnologiche e nuove strategie politiche**

Dott. Giacomo Dalla Valentina
Matricola: R12281
Diritto dell'Unione europea IUS 14

Tutor: Prof. Massimo Condinanzi
Coordinatore: Prof.ssa Francesca Biondi

Anno Accademico 2021/2022

Con la rivoluzione dell'agricoltura si sono perduti i misteriosi valori di chi sapeva sopravvivere con erbe e bacche; di chi sapeva arrampicarsi sugli alberi; di chi sapeva arrampicarsi sulle rocce per rubare miele dagli alveari; di chi sapeva cacciare con sassi, archi e frecce, di chi sapeva pescare; di chi sapeva che esistono diciotto qualità diverse di salmone dell'Alaska. [...] Adesso è arrivata la tecnologia. Siamo nel mezzo di una gigantesca rivoluzione barbarica. Dicono che tutti i valori sono andati perduti. Quali valori? [...] I valori sono convenzioni e le convenzioni si muovono.

Ettore Sottsass, 2006

*Atene e Lacedemona, che fenno
l'antiche leggi e furon sì civili,
fecero al viver bene un picciol cenno*

*verso di te, che fai tanto sottili
provvedimenti, ch'a mezzo novembre
non giugne quel che tu d'ottobre fili.*

*Quante volte, del tempo che rimembre,
legge, moneta, officio e costume
hai tu mutato, e rinovate membre!*

Dante Alighieri, *Purgatorio*, canto VI, vv. 139-144

Ad Anita

SOMMARIO

ABBREVIAZIONI	1
ABBREVIAZIONI DELLE PRINCIPALI RIVISTE	2
PREMESSA	3
CAPITOLO I IL CONTROLLO DELLE CONCENTRAZIONI NELL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA: PROFILI EVOLUTIVI E SISTEMATICI	8
1. La genesi della disciplina, tra spinte di integrazione e istanze protezionistiche	8
1.1. Il controllo delle concentrazioni tra imprese nei Trattati istitutivi	8
1.2. Controllo delle concentrazioni, ideologie politiche e interessi strategici nei negoziati in seno all'Unione europea	17
1.3. Dal "Memorandum" a <i>Continental Can</i> : l'elaborazione della tesi della dominanza	23
1.4. La formazione della disciplina alla prova dell'intergovernamentalismo. Il regolamento (CEE) 4064/1989	33
1.5. I limiti del test di dominanza. Verso il regolamento (CE) 139/2004	41
2. La disciplina del regolamento (CE) 139/2004: aspetti giurisdizionali	53
2.1. La competenza esclusiva della Commissione e il principio dello sportello unico	53
2.1. (<i>segue</i>) I rinvii	59
3. L'apertura di una stagione di riforme: cenni	63
CAPITOLO II CONTROLLO DELLE CONCENTRAZIONI E PERSEGUIMENTO DI INTERESSI META-CONCORRENZIALI	67
1. Premessa	67
2. Modelli teorici di rapporto tra diritto della concorrenza e istanze meta- concorrenziali	71
2.1. La mancata considerazione di interessi pubblici	75
2.2. L'intervento di organi politici: ordinamenti a "competenze condivise", a "competenze concorrenti" e a "controllo esterno"	77

2.3.	Il controllo degli interessi pubblici da parte delle autorità garanti della concorrenza	80
2.4.	(<i>segue</i>) L'esperienza italiana	81
3.	Controllo delle concentrazioni, promozione e tutela di interessi pubblici degli Stati membri	87
3.1.	La tutela degli interessi legittimi ai sensi dell'art. 21, § 4, del regolamento (CEE) 139/2004	87
3.1.1.	La tutela degli interessi "codificati"	88
3.1.2.	La tutela degli interessi "non codificati"	91
3.2.	I possibili rimedi in caso di misure adottate in violazione dell'art. 21 del regolamento (CE) 139/2004	98
3.3.	(<i>segue</i>) La difficoltà di assicurare un controllo efficace e l'ipotesi di un maggiore coordinamento	103
4.	Controllo delle concentrazioni e interesse pubblico dell'Unione europea	108
4.1.	La questione delle finalità intrinseche alla disciplina antitrust	110
4.1.1.	Efficienza, benessere del consumatore e istanze meta-concorrenziali sociale nella politica antitrust dell'UE: profili evolutivi	111
4.1.2.	Verso un contemperamento di interessi meta-concorrenziali al di là dell'efficienza economica	116
4.2.	Il rilancio della politica industriale europea e il suo rapporto con la disciplina del controllo delle concentrazioni	126
4.2.1.	Il contesto giuridico	127
4.2.2.	La prassi della Commissione e il manifesto franco-tedesco: rischi e opportunità per l'Unione europea	132
5.	Considerazioni conclusive sulla considerazione di interessi meta-concorrenziali nell'ambito del controllo delle concentrazioni	139

CAPITOLO III CONTROLLO DELLE CONCENTRAZIONI E DIGITALIZZAZIONE, TRA RISCHI DI *UNDER-ENFORCEMENT* E NUOVI PARADIGMI VALUTATIVI 145

1.	Premessa	145
2.	<i>Big data</i> , piattaforme e mercati multi-versante: una tassonomia delle principali fattispecie	147
2.1.	Il dati nell'economia e nell'ordinamento dell'Unione europea	148
2.2.	I <i>big data</i> : tentativi definitori e impatto sulla disciplina antitrust dell'Unione europea	150
2.2.1.	Le caratteristiche essenziali dei <i>big data</i>	150
2.2.2.	La catena di valore dei <i>big data</i>	156

2.3.	Le piattaforme <i>online</i> e i mercati multi-versante	162
3.	La definizione dei mercati rilevanti nell'economia digitale	169
3.1.	La definizione del mercato rilevante nel controllo delle concentrazioni: cenni	169
3.2.	(<i>segue</i>) L'aggiornamento della comunicazione sulla definizione del mercato rilevante: rischi e opportunità	177
3.3.	Le sfide poste dalla definizione del mercato rilevante nell'economia digitale	181
4.	Valutazione sostanziale e rischi di mancata detenzione delle concentrazioni nell'economia digitale	188
4.1.	La valutazione delle concentrazioni alla luce del regolamento (CE) 139/2004: cenni	188
4.2.	Le criticità e le sfide poste dalla digitalizzazione	193
4.2.1.	Le concentrazioni finalizzate all'acquisizione di <i>big data</i>	195
4.2.2.	L'acquisizione di concorrenti nascenti o di forti innovatori nel settore digitale	202
4.3.	I possibili rimedi	208
4.3.1.	L'ampliamento della competenza della Commissione mediante una revisione delle soglie di fatturato	210
4.3.2.	Il <i>revirement</i> nell'applicazione dell'art. 22 del regolamento (CE) 139/2004 e i casi <i>Meta / Kustomer</i> e <i>Illumina / Grail</i> : cattivi presagi?	214
5.	Considerazioni conclusive sui rischi e sulle prospettive di riforma della disciplina in relazione alla digitalizzazione	224

INDICE DEI RIFERIMENTI	228
-------------------------------	------------

ABBREVIAZIONI

<i>AGCM</i>	Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
<i>CdFUE</i>	Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea
<i>CE</i>	Comunità europea
<i>CECA</i>	Comunità europea del carbone e dell'acciaio
<i>CEDU</i>	Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali
<i>CEE</i>	Comunità economica europea
<i>CEEA</i>	Comunità europea dell'energia atomica
<i>Corte giust.</i>	Corte di giustizia dell'Unione europea
<i>ECN</i>	Rete europea della concorrenza
<i>G.U.C.E.</i>	Gazzetta Ufficiale della Comunità europea
<i>G.U.R.I.</i>	Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana
<i>G.U.U.E. C</i>	Gazzetta ufficiale delle comunicazioni dell'Unione europea
<i>G.U.U.E. L</i>	Gazzetta ufficiale degli atti legislativi dell'Unione europea
<i>OCSE</i>	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico
<i>TCE</i>	Trattato istitutivo della Comunità europea
<i>TCEE</i>	Trattato istitutivo della Comunità economica europea
<i>TFUE</i>	Trattato sul funzionamento dell'Unione europea
<i>Trib.</i>	Tribunale dell'Unione europea
<i>TUE</i>	Trattato sull'Unione europea
<i>UE</i>	Unione europea

ABBREVIAZIONI DELLE PRINCIPALI RIVISTE

<i>Antitrust Bull.</i>	Antitrust Bulletin
<i>CMLR</i>	Common Market Law Review
<i>Conc. Merc.</i>	Concorrenza e Mercato
<i>CoRe</i>	European Competition and Regulatory Law Review
<i>CPI</i>	Competition Policy International
<i>DUE</i>	Il diritto dell'Unione europea
<i>ELR</i>	European Law Review
<i>Eur. Comp. J.</i>	European Competition Journal
<i>Eur. Comp. Law Rev.</i>	European Competition Law Review
<i>Inf. Econ. Policy</i>	Information Economics and Policy
<i>J. Competition Law Econ.</i>	Journal of Competition Law & Economics
<i>JECLAP</i>	Journal of European Competition Law & Practice
<i>Jour. Ant. Enf.</i>	Journal of Antitrust Enforcement
<i>MCR</i>	Mercato Concorrenza Regole
<i>Riv. dir. eur.</i>	Rivista di diritto europeo
<i>Riv. reg. merc.</i>	Rivista della Regolazione dei Mercati
<i>Riv. soc.</i>	Rivista delle società

PREMESSA

La materia del controllo delle concentrazioni ha avuto, nella storia istituzionale e legislativa dell'Unione europea, uno sviluppo atipico, specialmente se confrontato all'evolversi della disciplina antitrust tradizionale. Il rapporto tra l'ordinamento dell'Unione europea e il fenomeno delle concentrazioni – ossia, secondo una prima approssimazione, tutte quelle operazioni che determinino una modifica duratura nel controllo delle imprese e pertanto nella struttura del mercato¹ – non è stato caratterizzato da quell'immediato riconoscimento, al livello tanto dei trattati istitutivi quanto del diritto derivato, che invece ha interessato gli altri strumenti tipici del diritto della concorrenza, quali il divieto di intese restrittive e di abuso di posizione dominante, che trovano la propria fonte negli articoli 101² e 102³ del Trattato sul

¹ Cfr. il considerando n. 20 del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (G.U.U.E. L 24 del 29 gennaio 2004).

² Ai sensi di tale previsione, in particolare, «sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel: (a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione; (b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti; (c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; (d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza; (e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi». Di tali accordi è dichiarata la nullità di pieno diritto, fatta salva la possibilità di applicare un'esenzione, in presenza di talune circostanze indicate dall'art. 101, § 3, TFUE.

³ L'art. 102 TFUE prevede che «è incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo. Tali pratiche abusive possono consistere in particolare: (a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque; (b) nel limitare la

funzionamento dell'Unione europea.

Eppure, la tendenza delle imprese ad aggregarsi, aumentando le proprie dimensioni e il proprio peso all'interno dell'intreccio di relazioni competitive in cui esse operano, rappresenta un fenomeno ordinario, in quanto naturalmente correlato all'espansione dei mercati e dei settori di cui tali società fanno parte, oltre che a pulsioni individuali – di realizzazione personale, prevaricazione, finanche azzardo – dei soggetti coinvolti⁴.

A differenza delle intese restrittive della concorrenza e dell'abuso di posizione dominante, che rappresentano indubbiamente le principali *patologie* che la disciplina antitrust conosce, le concentrazioni sono un fenomeno che rientra, di per sé, nella *fisiologia* dell'economia globale. Nondimeno, il fenomeno concentrativo non lascia indifferente il diritto della concorrenza, avendo un impatto diretto e palpabile sulla struttura e sul livello di concentrazione che caratterizza il mercato (o i mercati) in cui la concentrazione ha luogo; un elemento che, intuitivamente, costituisce un connotato essenziale dell'intera disciplina antitrust sin dalle sue prime teorizzazioni. Invero, come si vedrà meglio nel Capitolo I del presente lavoro, ad ispirare tale disciplina si sono susseguiti, negli anni, diversi modelli economici che hanno fornito diverse risposte all'annosa questione dell'individuazione dei principi fondanti

produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; (c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; (d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi».

⁴ Sulle implicazioni psicologiche e sulle motivazioni individuali che possono influenzare le concentrazioni, cfr. F.M. SCHERER, *Some Principles for Post-Chicago Antitrust Analysis*, in *Case Western Reserve Law Review*, vol. 52, n. 1, 2001, che giunge alla conclusione che «*making mergers is a form of gambling; skill matters, but there is an important chance component*»; si veda anche M.E. STUCKE, A.P. REEVES, *Behavioral Antitrust*, in *Indiana Law Journal*, vol. 86, n. 4, 2011.

l'indagine antitrust e degli obiettivi che la medesima deve perseguire.

Tra i diversi paradigmi che sono stati di volta in volta proposti, una particolare enfasi sulla conformazione e sul livello di concentrazione del mercato è stata promossa sin dagli anni Trenta dello scorso secolo da parte della Scuola di Harvard e dei promotori dell'approccio Struttura-Condotto-Performance. Secondo l'impostazione tradizionale, in particolare, essendo il comportamento delle imprese determinato dalla domanda, il potere di mercato che queste esercitano e la relativa *performance* del mercato – in termini, ad esempio, di profittabilità, efficienza, progresso tecnologico e crescita – è connesso alle caratteristiche del mercato in cui esse operano. Da una tale convinzione deriva, evidentemente, una certa preoccupazione per il possibile impatto delle concentrazioni sulla competitività dei mercati, anche a prescindere dalle quote di mercato detenute dalle imprese interessate da tali operazioni⁵. Sebbene tale posizione sia stata successivamente oggetto di critiche, ancora oggi è pacifico che la struttura del mercato costituisce un importante fattore nella determinazione di comportamenti anticoncorrenziali da parte degli attori privati che vi operano.

Così, dopo essere stata ignorata e, anche a seguito della sua regolamentazione, vista come una "sorella minore" tra le numerose e complesse questioni che interessano gli studiosi del diritto della concorrenza, la materia del controllo delle concentrazioni è progressivamente divenuta oggetto di un acceso dibattito che vede coinvolti studiosi delle discipline giuridiche ed economiche, attori istituzionali e parti private. La riflessione sull'effettività e sull'adeguatezza del sistema di controllo delle concentrazioni, oltre a essere stata acuita da alcuni fenomeni sociali e politici di grande risonanza mediatica e politica, ha avuto un riconoscimento istituzionale con l'avvio da parte delle

⁵ Cfr., su tutti, J.S. BAIN, *Barriers to New Competition*, Cambridge, 1956; e E.S. MASON, *Economic concentration and the monopoly problem*, Cambridge, 1957.

istituzioni europee di una stagione di profonde riflessioni in merito all'opportunità di una riforma dell'attuale quadro normativo e regolamentare.

Le questioni sottese al dibattito in merito all'evoluzione dell'istituto in parola non sono, tuttavia, del tutto nuove. Anzi, gli argomenti che vengono sollevati da più parti riecheggiano temi ed esigenze che sono state al centro del dibattito decennale che ha accompagnato la formazione e, poi, l'evoluzione della disciplina in seno all'ordinamento dell'Unione europea. D'altronde, tra gli istituti del diritto della concorrenza, nessuno è stato suscettibile come la disciplina del controllo delle concentrazioni all'evoluzione delle concezioni – economiche, di *policy* e finanche socio-politiche – di volta in volta dominanti in seno agli organismi deputati alla sua applicazione⁶. Di ciò sarà data evidenza nel Capitolo I, ove verrà rappresentato, attraverso una ricostruzione storica dell'evoluzione della disciplina in parola, la sensibilità di quest'ultima ai differenti approcci ed esigenze che, nei diversi periodi storici, caratterizzavano l'ordinamento dell'Unione.

Il Capitolo II è invece consacrato all'esame critico del ruolo rivestito da istanze di interesse pubblico all'interno del sistema del controllo delle concentrazioni, nella duplice prospettiva, da un lato, della tutela – ovvero della promozione – di interessi pubblici nazionali da parte degli Stati membri attraverso misure di tipo difensivo e, dall'altro, dei margini per il perseguimento, da parte della Commissione europea, di obiettivi “meta-concorrenziali”. In questo senso, oltre a operare un tentativo di teorizzazione dei diversi modelli che possono caratterizzare la tutela di interessi pubblici nell'esercizio delle prerogative di controllo delle concentrazioni, si svolgerà un'analisi critica delle proposte che sono state avanzate per far fronte a una

⁶ Lo rileva V. MELI, *Concentrazioni*, in *Treccani, dir. online*, 2015.

percepita tensione tra le due sfere d'intervento, a partire dal manifesto franco-tedesco del 2020 sulla politica industriale⁷.

Il Capitolo III, infine, tratta l'impatto della *platform economy* e della digitalizzazione dell'economia sullo scenario competitivo europeo e, in particolare, sulle criticità che emergono nell'ambito del controllo delle concentrazioni poste in essere da operatori digitali o che comportino l'acquisizione di *big data*. Si tratta, questo, di un tema la cui complessità è legata, anche, alla vertiginosa evoluzione delle caratteristiche e delle prospettive di utilizzo delle risorse tecnologiche, oltre che da una fisionomia dei rapporti di potere tra gli attori economici che sono, per le molte ragioni descritte nel prosieguo del lavoro, caratterizzati da forti profili di novità rispetto all'esperienza passata, sulla quale si sono sviluppate la prassi decisionale e la giurisprudenza in ambito di controllo delle concentrazioni. Per questa ragione, una parte del Capitolo III sarà dedicata alla definizione delle peculiarità che caratterizzano i *big data* e la *platform economy*, alla quale farà seguito una più dettagliata analisi delle problematiche, sostanziali e di competenza, connesse alle concentrazioni nell'economia digitale.

⁷ BUNDESMINISTERIUM FÜR WIRTSCHAFT UND ENERGIE, MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE ET DES FINANCES, *A Franco-German Manifesto for a European industrial policy fit for the 21st Century*, 19 febbraio 2019.

Capitolo I Il controllo delle concentrazioni nell'ordinamento dell'Unione europea: profili evolutivi e sistematici

SOMMARIO: 1. La genesi della disciplina, tra spinte di integrazione e istanze protezionistiche. – 1.1. Il controllo delle concentrazioni tra imprese nei Trattati istitutivi. – 1.2. Controllo delle concentrazioni, ideologie politiche e interessi strategici nei negoziati in seno all'Unione europea. – 1.3. Dal "Memorandum" a *Continental Can*: l'elaborazione della tesi della dominanza. – 1.4. La formazione della disciplina alla prova dell'intergovernamentalismo. Il regolamento (CEE) 4064/1989. – 1.5. I limiti del test di dominanza. Verso il regolamento (CE) 139/2004. – 2. La disciplina del regolamento (CE) 139/2004: inquadramento e aspetti giurisdizionali. – 2.1. La competenza esclusiva della Commissione e il principio dello sportello unico. – 2.3. (segue) I rinvii. – 3. L'apertura di una stagione di riforme: cenni.

1. La genesi della disciplina, tra spinte di integrazione e istanze protezionistiche

1.1. Il controllo delle concentrazioni tra imprese nei Trattati istitutivi

Un primo elemento che immediatamente colpisce lo studioso che si avvicina alla disciplina del controllo delle concentrazioni è la quasi totale assenza di previsioni normative in materia nell'impianto normativo-istituzionale che era stato delineato con i Trattati di Roma. Infatti, né il Trattato istitutivo della Comunità economica europea né quello che aveva istituito la Comunità europea dell'energia atomica avevano disciplinato le fusioni e le acquisizioni tra imprese nello spazio economico della neonata Comunità.

Tale circostanza non era tuttavia riconducibile ad una più generale assenza di disposizioni in materia di concorrenza che, invece, erano presenti nel testo originale del Trattato CEE, il cui Capo 1 del Titolo I della Parte Terza (artt. da 85 a 99) recava una serie di previsioni in materia di concorrenza che, in larga misura, sono sopravvissute fino ad oggi⁸.

⁸ Per un commento di tali norme coevo all'adozione dei Trattati di Roma, cfr. F. SPAAK, J.N. JAEGER, *The Rules of Competition within the European Common Market*, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 3, 1961. Com'è noto, sin dagli albori del processo di integrazione europea, furono previste norme a tutela della concorrenza che, tuttavia, non rappresentano un elemento autonomamente caratterizzante il pensiero politico e giuridico dei firmatari dei Trattati di Roma (almeno, non nei toni "religiosi" che

Tuttavia, la mancata predisposizione di un quadro normativo in materia di concentrazioni non deve essere letta nel senso dell'ignoranza da parte dei Paesi firmatari dei Trattati di Roma dell'astratta possibilità di disciplinare il fenomeno delle concentrazioni. Anzi: alcune previsioni in materia di controllo delle concentrazioni erano state incluse, non senza difficoltà, nel Trattato istitutivo della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio del 1951, il cui art. 66 assoggettava a preventiva autorizzazione dell'Alta Autorità qualsiasi operazione che avesse, come fine diretto o indiretto, la realizzazione di una concentrazione tra imprese di cui almeno una rientrasse nel campo di applicazione del Trattato CECA⁹.

L'art. 66 del Trattato CECA conteneva, invero, una disciplina piuttosto analitica della materia, che si caratterizzava per l'attribuzione di un ruolo centrale all'Alta Autorità (dotata di poteri esecutivi e antesignana, come noto, della Commissione europea), la quale avrebbe dovuto definire con regolamento, emanato previa consultazione del Consiglio, i connotati essenziali che avrebbero costituito il controllo di un'impresa. L'art. 66 del Trattato CECA prevedeva poi alcune norme di natura procedurale e sostanziale, che sono di interesse specialmente se poste in relazione con quanto poi previsto a livello di UE. In primo luogo, l'Alta Autorità avrebbe potuto autorizzare una concentrazione, laddove questa non fosse stata tale da attribuire alle parti

caratterizzava invece il sistema statunitense), ma erano prevalentemente intese, nei primi anni della loro applicazione, come strumento volto ad abbattere gli ostacoli alla circolazione delle merci all'interno del mercato unico. cfr. M. LIBERTINI, *Concorrenza fra imprese e concorrenza fra Stati*, in P. MONTALENTI (a cura di), *Quaderni di giurisprudenza commerciale. Unione Europea: concorrenza tra imprese e concorrenza tra stati*, Milano, 2016; R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014. Più in generale, per un primo commento alle norme del Trattato CEE, si veda R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI, *Trattato istitutivo della Comunità economica europea: commentario*, Milano, 1965.

⁹ Art. 66, § 1, Trattato CECA, che trova applicazione «sia che l'operazione sia relativa ad uno stesso prodotto o a prodotti diversi, sia che si effettui mediante fusione, o acquisto di azioni o di elementi dell'attivo, o per mezzo di prestiti, contratti o qualsiasi altro mezzo di controllo».

interessate: (i) il potere di determinare i prezzi, controllare o comprimere la produzione o la distribuzione, od ostacolare il mantenimento di una concorrenza effettiva su una parte importante del mercato dei prodotti interessati dalla concentrazione; ovvero (ii) il potere di sottrarsi alle regole di concorrenza risultanti dalla applicazione del Trattato CECA attraverso, in particolare, la creazione di una «posizione artificialmente privilegiata e implicante un vantaggio sostanziale nell'accesso agli approvvigionamenti o ai mercati». Nell'effettuare tale valutazione, peraltro, l'Alta Autorità avrebbe dovuto tenere in considerazione non solo l'«importanza delle imprese di medesima natura esistenti nella Comunità», ma anche, in taluni casi, le «osservazioni del Governo interessato»¹⁰.

Tra i poteri riconosciuti all'Alta Autorità vi erano la possibilità di apporre condizioni che essa ritenesse appropriate, nonché, laddove venisse a conoscenza di operazioni attuate in violazione del relativo divieto, di adottare decisioni motivate con cui dichiarare «carattere illecito» delle concentrazioni e, dopo aver posto gli interessati in grado di presentare le loro osservazioni, ordinare la separazione delle imprese o delle attività indebitamente riunite o la cessazione del controllo comune, e «qualsiasi altra azione che essa ritenga appropriata per ristabilire la gestione indipendente delle imprese». All'Alta Autorità era poi attribuito il potere di adottare o provocare misure di natura cautelare, volte a «salvaguardare gli interessi delle imprese concorrenti e di terzi»¹¹ e, in caso di inadempimento da parte dei soggetti interessati, di disporre misure particolarmente invasive, quali la sospensione dell'esercizio dei diritti connessi ad attività irregolarmente acquisite, provocare la nomina di

¹⁰ Art. 66, § 2, Trattato CECA, che limitava tale necessità ai casi in cui una delle imprese interessate non esercitassero attività produttive nel campo del carbone e dell'acciaio o che, ai sensi dell'art. 80 del Trattato CECA, non esercitassero «abituamente un'attività di distribuzione diversa dalla vendita ai consumatori o all'artigianato».

¹¹ Art. 66, § 5, Trattato CECA.

sequestratari, organizzare la vendita forzata dei fattori di produzione e annullare atti, decisioni, risoluzioni o deliberazioni degli organi direttivi delle aziende sottoposte ad un controllo irregolarmente stabilito. Il meccanismo introdotto dall'art. 66 del Trattato CECA prevedeva altresì delle ammende, il cui importo massimo era oggetto di uno scaglionamento dettagliatamente indicato nel sesto paragrafo della citata previsione¹².

Singularmente, la norma relativa al controllo delle concentrazioni si chiudeva con l'unica previsione in materia di abuso di posizione dominante inclusa nel Trattato CECA: laddove le imprese, pubbliche o private, avessero assunto «sul mercato di uno dei prodotti oggetto della propria giurisdizione una posizione dominante che le sottragga ad una concorrenza effettiva in una parte importante del mercato comune», e avessero utilizzato tale posizione a scopi contrari agli obiettivi del Trattato, l'Alta Autorità avrebbe potuto, dapprima, rivolgere raccomandazioni e, in mancanza di una esecuzione soddisfacente di tali raccomandazioni e previa consultazione dei Governi interessati, irrogare sanzioni e stabilire essa stessa i prezzi e le condizioni di vendita, ovvero «i programmi di produzione o i programmi di consegna»¹³. La collocazione di tale previsione, in materia di abuso di posizione dominante, nell'alveo di un'ampia e dettagliata disciplina delle concentrazioni sembra

¹² In particolare, l'Alta Autorità aveva il potere di irrogare ammende fino a concorrenza: (i) del 3% del valore delle attività acquisite o raggruppate, o che debbono essere acquisite o raggruppate, a carico delle persone fisiche o giuridiche che si siano sottratte agli obblighi previsti dal paragrafo 4; (ii) del 10% del valore delle attività acquisite o raggruppate, a carico delle persone fisiche o giuridiche che si siano sottratte agli obblighi di comunicazione (tale limite era oggetto di aumento dopo il dodicesimo mese che segue l'attuazione dell'operazione, di un ventiquattresimo per ogni mese supplementare trascorso fino alla constatazione della infrazione da parte dell'Alta Autorità); (iii) del 10% del valore delle attività acquistate o raggruppate, o che dovevano essere acquisite o raggruppate, a carico delle persone fisiche o giuridiche che abbiano ottenuto o tentato di ottenere l'autorizzazione dell'Autorità a mezzo di informazioni false o deformate; e infine (iv) del 15% del valore delle attività acquistate o raggruppate, a carico delle imprese soggette alla sua giurisdizione che abbiano partecipato o si siano prestate all'attuazione di operazioni contrarie alle disposizioni del presente articolo.

¹³ Art. 66, § 6, Trattato CECA.

anticipare un tema – poi emerso, come si vedrà, nella prima prassi applicativa della Commissione – sull’effettiva delimitazione di due fattispecie di diritto della concorrenza che, per quanto differenti nei loro aspetti procedurali e sostanziali, si caratterizzavano per importanti similitudini e sovrapposizioni. È significativo, a questo proposito, che l’approvazione delle norme in materia di concorrenza incluse nei Trattati istitutivi fu il frutto di negoziati, parallelamente condotti a livello sovranazionale e all’interno di ciascuno Stato firmatario, che non si rivelarono affatto semplici. Di ciò vi è evidenza, *inter alia*, in una emblematica nota, inviata nel novembre 1950 da Jean Monnet a Robert Schuman, dove lo statista francese rappresentava «*des divergences sur le fond subsistent quant aux prix, aux cartels, aux concentrations industrielles*» le quali tuttavia «*intéressent l’essence même du Plan Schuman*»¹⁴.

Tra i principali motivi di contrasto vi era stata l’individuazione del soggetto competente ad applicare il nascente diritto della concorrenza e la definizione dei relativi poteri. Secondo le principali ricostruzioni storiche del tempo, l’introduzione di norme sulla concorrenza, ivi incluso il controllo delle concentrazioni di cui all’art. 66 del Trattato CECA, fu osteggiata in particolare da attori privati e associazioni industriali provenienti da diversi Stati, attivamente o mediante attività di *lobbying* nei confronti dei rispettivi Governi. L’area tedesca vedeva nell’introduzione di un sistema di controllo delle concentrazioni un limite al tentativo di riportare il livello di industrializzazione della Germania ai livelli della vicina Francia (dove già dal 1945 si era assistito a grandi concentrazioni implementate senza alcun controllo di tipo

¹⁴ J. MONNET, *Mémoire à Robert Schuman*, 30 novembre 1950, accessibile sul <https://www.cvce.eu/>. Infatti, la dichiarazione pubblicata da Schuman il 9 maggio 1950 aveva affermato l’importanza, nei momenti fondativi della Comunità, del riconoscimento del ruolo centrale della concorrenza e, in particolare, del fatto che la nascente Comunità, «contrariamente ad un cartello internazionale, che tende alla ripartizione e allo sfruttamento dei mercati nazionali mediante pratiche restrittive e il mantenimento di profitti elevati», avrebbe assicurato «la fusione dei mercati e l’espansione della produzione»

concorrenziale), oltre che dell'espressione di una «mania post-bellica di plasmare l'economia europea a immagine e somiglianza di quella americana»¹⁵. Anche nel dibattito francese vi è traccia di una certa riluttanza all'introduzione di norme sulle concentrazioni, legata soprattutto al timore di un eccessivo dirigismo da parte dell'Alta Autorità e, in sostanza, della perdita del controllo politico su operazioni in settori strategici da parte di società francesi¹⁶. Similmente, in Italia i principali gruppi industriali, come Assider e ISA, avevano manifestato un certo scetticismo¹⁷, in considerazione del processo di modernizzazione che nello stesso periodo aveva interessato un comparto che, timoroso delle difficoltà conseguenti all'integrazione internazionale, era ancora affezionato al modello della "Europe des cartels", nella quale fiorivano le intese orizzontali tra i grandi gruppi dell'industria pesante e che aveva caratterizzato soprattutto il periodo tra le due guerre mondiali.

La presenza di resistenze rende ancora più significativo il successo ottenuto con la definitiva approvazione degli articoli 65 e 66 da parte dai negoziatori francesi e tedeschi più vicini, ideologicamente, a Jean Monnet e Robert Schuman, che vedevano nei principi di concorrenza una forza trainante per lo sviluppo economico e tecnologico della Comunità nel contesto post-bellico¹⁸. Questo successo va ricondotto, anche, al ruolo giocato dagli Stati Uniti che, pur non intervenendo direttamente nei negoziati in seno alla Conferenza di Parigi e antecedenti alla stessa, avevano manifestato uno spiccato interesse a

¹⁵ E.B. HAAS, *The Uniting of Europe. Political, Social, and Economic Forces 1950-1957*, Stanford, 1958.

¹⁶ In questo senso, E.B. HAAS, *The Uniting of Europe*, cit., p.185, riporta che ciò che volevano le società francesi era «*is freedom for French firms to merge as they please coupled with careful supervision over the parallel German process*».

¹⁷ F. PERTINI, *Il liberismo a una dimensione: la Confindustria e l'integrazione europea, 1947-1957*, Milano, 2005; H. BUCH-HANSEN, *Rethinking the history of European level merger control: a critical political economy perspective*, Copenhagen, 2008.

¹⁸ L'importanza dell'intermediazione delle personalità coinvolte nella redazione dei Trattati istitutivi è enfatizzata, tra gli altri, da S.A. RIESENFELD, *The Legal Protection of Competition in France*, in *California Law Review*, 1960, vol. 48, n. 4.

che la ripresa economica europea nel quadro del Piano Marshall non portasse a una “*cartelization*” o, ancora peggio, “*monopolization*” dello spazio europeo da parte di pochi operatori. L’entità dell’intervento statunitense è oggetto di dibattito, essendo stata ricostruita talvolta in termini molto enfatici – suggerendo che le norme in materia di concorrenza fossero state sostanzialmente scritte da esperti statunitensi¹⁹ – talaltra più ipotetici²⁰: ciò che è certo è che il supporto degli Stati Uniti aiutò i negoziatori a imporre la propria visione e a giungere, tra gli altri, all’approvazione degli articoli 65 e 66 del Trattato CECA, che contenevano norme senza precedenti nell’area europea.

L’impatto pratico delle previsioni in materia di controllo delle concentrazioni fu, tuttavia, limitato e la sua applicazione fu timida, quando non inconsistente²¹, anche in ragione di diversi interventi di natura protezionistica, dei Governi nazionali, che interferirono nell’attività dell’Alta Autorità²². A distanza di dieci anni dalla sua formazione, il bilancio sull’applicazione delle norme in materia di *merger control* del Trattato CECA poteva riassumersi in tre

¹⁹ Cfr. M. CINI, L. MCGOWAN, *Competition Policy in the European Union*, Londra, 1998, p. 17, dove si suggerisce che «*the precise wording of the ECSC competition provisions was insisted upon by the US representatives*».

²⁰ H. BUCH-HANSEN, *Rethinking the history of European level merger control*, cit., p. 96; D.J. GERBER, *The Transformation of European Community Competition Law?*, in *Harvard International Law Journal*, 1994, vol. 35, n. 1, pp. 338-339, il quale riporta come le norme fossero state inizialmente redatte dal professore dell’Università di Harvard Robert Bowie e soggette a un controllo da parte del Governo statunitense, per essere successivamente riscritte secondo un linguaggio e alla luce di concetti giuridici più vicini al sentire europeo da parte di un funzionario del *Conseil d’Etat* francese. In proposito, l’Autore sottolinea che il ruolo degli Stati Uniti «*was concealed as much as possible for the fear that the project would be seen as controlled by the US and rejected by some participants on those grounds alone*».

²¹ J. HOUSSIAUX, *Concurrence et marché commun*, in *Revue économique*, 1960.

²² L. WARLOUZET, *The Rise of European Competition Policy, 1950-1991: a Cross-Disciplinary Survey of a Contested Policy Sphere*, EUI Working Papers, RSCAS 2010/80, 2010, dove si riporta che, nel 1959, il ministro dell’economia tedesco Ludwig Erhard inviò una lettera alla propria controparte francese – senza, quindi, fare riferimento al dialogo istituzionale che previsto nel Trattato di Parigi – per difendere una concentrazione nel settore dell’acciaio e richiedere al ministro di indirizzare verso una decisione favorevole i membri francesi dall’Alta Autorità.

assunti fondamentali, che anticiperanno il futuro sviluppo della disciplina. In primo luogo, le previsioni ivi incluse avevano confermato, nonostante gli scetticismi e i retaggi ideologici che caratterizzavano l'Europa del secondo dopoguerra, l'importanza delle regole di concorrenza come strumenti funzionali all'avvio del processo di integrazione europea e di formazione e consolidamento del mercato comune. In secondo luogo, il Trattato CECA aveva previsto, per il controllo delle concentrazioni, una struttura istituzionale «forte»²³, nel quale il controllo preventivo della compatibilità con il mercato unico delle concentrazioni ad essa notificate era nelle mani di un'istituzione sovranazionale, quale l'Alta Autorità. In terzo luogo, l'implementazione pratica delle norme in materia di concorrenza era stata, invece, particolarmente «debole», in quanto fu frenata dalle continue ingerenze degli Stati membri (preoccupati che detto sistema potesse costituire un freno all'espansione delle proprie economie) nel processo decisionale dell'Alta Autorità.

L'esperienza, almeno sul piano normativo, data dal Trattato CECA sembra indirizzare ancora di più verso l'idea di una scelta deliberata di non inserire previsioni materia di controllo delle concentrazioni nei Trattati CEE e CEEA. Una scelta che ha avuto perduranti conseguenze sull'evoluzione della prassi applicativa della Commissione in materia di controllo delle concentrazioni e che sembra essere riconducibile ad almeno due ordini di ragioni. Da un lato, la volontà di non inserire siffatte previsioni nei Trattati di Roma potrebbe spiegarsi con una descrizione della fisionomia dello scenario competitivo e di salute dell'industria europea del tempo. A differenza del Trattato CECA (che trovava applicazione, come si è visto, a operazioni aventi ad oggetto un novero limitato di società operanti nei settori del carbone e dell'acciaio), il Trattato CEE avrebbe dovuto applicarsi all'intero mercato comune che, nel secondo dopoguerra, era caratterizzato da una prevalenza di

²³ L. WARLOUZET, *The rise of European Competition Policy*, cit., p. 16.

imprese di piccole e medie dimensioni e, a partire dagli anni Cinquanta, si trovava in una fase di profonda trasformazione ed espansione economica. In questo senso, proprio l'allargamento dell'area concorrenziale costituiva uno stimolo al rafforzamento delle strutture industriali europee, in un'ottica sia di crescita interna sia di confronti delle potenze industriali straniere, quali gli Stati Uniti e il Giappone²⁴. Nella visione socio-economica dei principali ordinamenti europei del tempo, le prospettive di crescita economica della Comunità avrebbero potuto essere in un qual modo osteggiate dalla previsione di uno strumento di controllo preventivo delle operazioni di acquisizione e fusione che erano concepite come gli strumenti attraverso i quali si andava plasmando un nuovo substrato di potenze industriali capaci di risollevare l'economia europea, lasciata in ginocchio dalla Seconda Guerra Mondiale²⁵. Il generale sentimento di incentivazione della creazione di grandi gruppi industriali non sembra tuttavia spiegare del tutto la mancata previsione di un meccanismo di controllo delle concentrazioni, specialmente se si considera che, da un lato, se davvero questo fosse stato il sentimento preponderante in sede di redazione dei Trattati, sarebbero state verosimilmente incluse norme volte a incentivare le concentrazioni e, dall'altro, che gli Stati membri erano edotti delle possibilità e dei vantaggi connessi all'introduzione di un meccanismo di controllo delle concentrazioni. Infatti, con la descritta esperienza del Trattato CECA alle spalle, gli Stati erano certamente consapevoli²⁶ della possibilità, e della relativa

²⁴ A questa conclusione giungono, tra gli altri, A. PAPPALARDO, *Il diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Torino, 2018; D. SWANN, *The economics of the Common Market*, Londra, 1970, ed E. SCHWARTZ, *Politics as Usual: The History of European Community Merger Control*, in *Yale Journal of International Law*, vol. 18, n. 607, 1993.

²⁵ Di ciò vi è una conferma, per quanto successiva, nel c.d. Memorandum sulla concentrazione pubblicato dalla Commissione europea nel 1966, dove si nota che «*cette attitude positive conduit la Commission aussi bien que les milieux industriels à estimer que les obstacles d'ordre légal ou psychologiques auxquels peuvent se heurter les concentrations doivent être éliminés*».

²⁶ Peraltro, anche il rapporto presentato nel 1955 dall'allora Ministro degli affari esteri del Belgio Paul-Henri Spaak e considerato tra i testi ispiratori dei Trattati di Roma

opportunità, di conferire alle nascenti Comunità un ruolo non solo nel controllo sui comportamenti tenuti da imprese in posizione dominante (regolato dall'art. [102 TFUE]) ma anche sulla liceità, ai sensi del diritto della concorrenza, dello stesso processo di formazione di tali posizioni dominanti²⁷.

1.2. Controllo delle concentrazioni, ideologie politiche e interessi strategici nei negoziati in seno all'Unione europea

L'assenza di previsioni nei trattati istitutivi sembra riconducibile all'incapacità degli Stati membri di trovare un compromesso in merito a criteri e procedure comuni, dovuto, più verosimilmente, a profonde divergenze quanto agli interessi strategici portati avanti da ciascun governo²⁸.

Un primo profilo riguarda le finalità che la Commissione avrebbe dovuto perseguire nell'applicazione delle norme antitrust: segnatamente, gli artt. 85 e 86 del TCEE²⁹. Il tema, che sarà sviluppato *amplius* nel Capitolo II in quanto tornato in auge nel dibattito attuale³⁰, riguarda l'opportunità per la

aveva affermato la necessità di prevedere, nella redazione dei Trattati, un meccanismo di controllo sulla formazione di monopoli. Cfr. comitato intergovernativo per la Conferenza di Messina, *Rapport des Chefs de Delegation aux Ministres des Affaires Etrangères*, 21 aprile 1956 (Rapporto Spaak). In particolare, secondo il Rapporto Spaak, «l'action contre la discrimination rejoint donc celle qui sera nécessaire contre la formation de monopoles à l'intérieur du marché commun. Le traité devra sur ces points énoncer les règles de base». Inoltre, secondo il rapporto, «les principes inscrits dans le traité doivent être assez précis pour permettre à la Commission européenne [...] d'organiser un contrôle des opérations de concentration».

²⁷ Come osservato nelle conclusioni dell'avvocato generale Roemer del 21 novembre 1972 nella causa 6-72, *Continental Can Company Inc. e a. c. Commissione*, ECLI:EU:C:1972:101, p. 254, questi due aspetti erano diversi, atteso che «l'art. 86 non ha lo scopo di consentire un puro e semplice controllo sulle concentrazioni», come dimostrato da «un raffronto con il vecchio art. 66 del trattato CECA che disciplina esaurientemente le concentrazioni, per stabilire che gli autori del trattato, elaborando l'art. 86, non intendevano ricalcare le orme dell'art. 66 del trattato CECA».

²⁸ Lo suggerisce, ad esempio, D.G. GOYDER, *EEC Competition Law*, Oxford, 1988.

²⁹ Tali previsioni sono confluite negli articoli 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea. Per chiarezza espositiva, nel prosieguo si indicherà, allorché si dovrà fare riferimento agli artt. 85 e 86 del TCEE, rispettivamente ad [art. 101 TFUE] e [art. 102 TFUE].

³⁰ Cfr., in particolare, il Capitolo II.

Commissione di dare rilievo, nella definizione delle politiche antitrust e nell'attività di *enforcement*, non solo ad un formale obiettivo di preservazione di mercati competitivi, ma anche a valutazioni politiche di più ampio raggio, di natura non solamente industriale ma anche, ad esempio, sociale, occupazionale o di progresso tecnologico e industriale.

In questo senso, il rilievo dato alle politiche industriali appare nella previsione, tra le tipologie di intese cui era dato accesso all'esenzione prevista dall'art. 85, § 3, del TCEE, di pratiche concordate che «contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva». Il rilievo di considerazioni di natura politica traspare altresì nell'individuazione dei soggetti deputati all'applicazione della normativa concorrenziale: sebbene l'art. 89 del TCEE aveva attribuito alla Commissione la competenza di vigilare «perché siano applicati i principi fissati dagli articoli [101] e [102]»³¹, era al Consiglio che veniva dato mandato di deliberare, peraltro con voto unanime, «tutti i regolamenti o le direttive utili ai fini dell'applicazione dei principi contemplati dagli articoli [101] e [102]»³². Va tuttavia notato che il minor ruolo attribuito alla Commissione dal Trattato CEE rispetto a quello dato all'Alta Autorità dal Trattato CECA non si è tradotto in una significativa compressione della centralità svolta dalla medesima

³¹ Ai sensi dell'art. 173 del TCEE, invece, era previsto un controllo giurisdizionale di legittimità da parte della Corte di giustizia di « sugli atti [...] della Commissione che non siano raccomandazioni o pareri ».

³² Art. 87, § 1, TCEE. Il secondo paragrafo della stessa norma esplicitava peraltro gli aspetti, sostanziali e procedurali, che avrebbero dovuto essere oggetto di una più dettagliata disciplina di diritto derivato. Si tratta, in particolare, della disciplina delle ammende e penali di mora, delle modalità di applicazione dell'esenzione di cui all'articolo 85, § 3, TCEE, dell'eventuale precisazione «per i vari settori economici, [del] campo di applicazione delle disposizioni degli articoli 85 e 86», della precisa definizione dei compiti della Commissione e della Corte di giustizia e della definizione dei rapporti fra le legislazioni nazionali e le disposizioni del Trattato CEE. Secondo E. SCHWARTZ, *Politics as Usual*, cit., questi aspetti sarebbero stati visti, al tempo della redazione del Trattato CEE, come «issues which the Treaty's authors felt the document did not resolve».

nell'ambito antitrust, nel quale la Commissione rimase particolarmente influente, beneficiando anche di un più ampio raggio d'azione *ratione materiae*³³.

Un'importante chiave di lettura in relazione alla mancanza di previsioni in materia di concentrazioni nei Trattati istitutivi è quella che si incentra sulle correnti di pensiero che animavano i firmatari dei suddetti Trattati. Si è già avuto modo di rilevare che, al tempo della formazione delle norme europee a tutela della concorrenza, nell'ordinamento statunitense si erano già susseguite diverse cognizioni socio-economiche in merito alle finalità insite alle politiche antitrust, che nell'orientamento *chicagoan* avevano visto una delle più note e influenti manifestazioni³⁴. A tal riguardo, se è vero che il pensiero degli appartenenti alla Scuola di Chicago non è facilmente riconducibile a un modello di pensiero unico, "monolitico"³⁵ (ravvisandosi significative differenze di pensiero tra i principali autori, quali Milton Friedman, George Stigler, Harold Demsetz, Robert Posner e Robert Bork), è possibile individuare alcuni assunti essenziali di tale ideologia. Nelle parole di Herbert Hovenkamp³⁶, la teorizzazione *chicagoan* può ritenersi fondata sui seguenti principi: (i) l'efficienza economica, il cui perseguimento «dovrebbe essere l'obiettivo esclusivo delle norme antitrust», le quali dovrebbero tentare di massimizzare i guadagni netti di efficienza; (ii) la fiducia nella competitività dei mercati, anche inclusi quelli più concentrati; (iii) la tendenza dei monopoli ad autocorreggersi,

³³ Così L. WARLOUZET, *The rise of European Competition Policy*, cit., p. 9.

³⁴ Per una ricostruzione, cfr. A. JONES, B. SUFRIN, N. DUNNE, *EU Competition Law. Text, Cases and Materials*, Oxford, 2019; H. HOVENKAMP, *Antitrust and the costs of movement*, in *Antitrust Law Journal*, vol. 78, n. 1, 2012, e W.E. KOVACIC, *The intellectual DNA of modern U.S. competition law for dominant firm conduct: the Chicago/Harvard double helix*, in *Columbia Business Law Review*, vol. 1, 2007; F. ANGLANI, *Teorie economiche della concorrenza*, in G. CASSANO, R. CLARIZIA, A. CATRICALÀ (a cura di), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Torino, 2018, pp. 63 ss.

³⁵ Cfr. A. JONES, B. SUFRIN, *EU competition law*, cit., spec. pp. 15-16.

³⁶ Cfr. H. HOVENKAMP, *Antitrust Policy after Chicago*, in *Michigan Law Review*, 84, 2, 1985; si veda, anche, R. BORK, *The antitrust paradox: a policy at war with itself*, New York, 1978.

in quanto i maggiori profitti dei monopolisti attirano nuovi ingressi nel mercato, con conseguente erosione della posizione dell'operatore dominante; (iv) la ritrosia a riconoscere l'esistenza di barriere all'ingresso diverse da quelle eventuale poste dai Governi a livello regolamentare; (v) una minor diffidenza rispetto alle economie di scala, che in molti mercati sono ritenute necessarie e, anzi, generalmente «*are efficient and ought to be encouraged*»; (vi) l'idea che la maggior parte delle imprese commerciali mirano alla massimizzazione dei profitti³⁷; (vii) la convinzione che l'applicazione delle norme antitrust dovrebbe essere limitata alla penalizzazione dei comportamenti "inefficienti", tali da ridurre l'*output* o innalzare i prezzi³⁸; infine, (viii) la natura dichiaratamente apolitica di tale modello, che nondimeno dovrebbe costituire una guida esclusiva nella disciplina antitrust³⁹.

Per quanto riguarda l'UE, la frammentazione politica e le vicende belliche della prima metà del Novecento avevano in parte limitato la formazione non solo di normative a tutela della concorrenza, ma anche di un

³⁷ Sul punto, cfr. R.A. POSNER, F.H. EASTERBROOK, *Antitrust: Cases, Economic Notes and Other Materials*, Chicago, 1981.

³⁸ Da qui la convinzione, come riportano M.E. STUCKE, A.P. REEVES. *Behavioral Antitrust*, cit., che, «*except for the rare cases of price-fixing, mergers to monopoly, or other sustained market failures, government intervention is often seen as unnecessary and harmful*».

³⁹ L'impatto del pensiero della Scuola di Chicago sull'applicazione del diritto della concorrenza non può essere sottovalutato, specialmente se si considera la prassi giurisprudenziale statunitense. Si pensi, ad esempio, alla nota pronuncia *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 US 36 (1977), che porta all'abbandono delle cosiddette *per se rules*, affermando la *rule of reason* nella valutazione delle restrizioni verticali, e che espressamente richiama gli scritti di R.A. POSNER, *Antitrust Policy and the Supreme Court: An Analysis of the Restricted Distribution, Horizontal Merger and Potential Competition Decisions*, in *Columbia Law Review*, 75, 2, 1975, e di R.H. BORK, *Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act*, in *The Journal of Law and Economics*, 9, 1966, pp. 7-48. Sull'impatto della Scuola di Chicago sulla giurisprudenza della *Supreme Court* statunitense, si rinvia a G.L. PRIEST, *The Abiding Influence of The Antitrust Paradox*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 31, n. 2, 2008, pp. 455-463. Citazioni esplicite di autori della Scuola di Chicago si trovano anche nella casistica europea in materia antitrust: cfr., ad esempio, le conclusioni dell'avvocato generale Darmon del 7 luglio 1992, causa C-89/85, *A. Ahlström Osakeyhtiö e a. c. Commissione*, ECLI:EU:C:1992:293, ovvero quelle dell'avvocato generale Fennelly del 29 ottobre 1998, causa C-395/96 P, *Compagnie maritimes belges transports SA e a. c. Commissione*, ECLI:EU:C:1998:518.

dibattito paragonabile a quello statunitense in merito all'opportunità e alle specifiche peculiarità che tali norme avrebbero dovuto perseguire. Questo non significa, tuttavia, che la discussione tra i Paesi firmatari del Trattati non fosse intrisa di ideologie e pensieri confliggenti in merito al ruolo e al rilievo che la politica antitrust avrebbe dovuto avere nella neonata Comunità, anche con esiti diametralmente diversi. Si pensi, ad esempio, alla posizione – ancora più radicale di quella *chiagoan* – riconducibile alla c.d. scuola austriaca che, sviluppata dalla fine dell'Ottocento e con Carl Menger e Friedrich von Hayek tra i principali esponenti, vedeva la concorrenza come un processo di rivalità tra imprese e di naturale "scoperta"⁴⁰, e per tale ragione propugnava addirittura l'abolizione di qualsiasi normativa che ne fornisse una regolazione⁴¹.

Un ruolo centrale nella definizione delle norme sulla concorrenza lo ebbe, tuttavia, il pensiero "ordoliberal" sviluppato da alcuni in seno all'Università di Friburgo sin dagli anni Trenta del Novecento e che era divenuta un elemento centrale nella definizione delle priorità politiche ed economiche post-belliche in Germania, dove l'elevata concentrazione del potere di mercato dei monopoli aveva agevolato il consolidamento del potere politico di Adolf Hitler e la sua ascesa al potere⁴². In controtendenza rispetto al fatalismo

⁴⁰ Cfr., F.A. HAYEK, *Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren*, lezione all'Università di Kiel, 1968, tradotto in inglese da M.S. Snow con il titolo *Competition as a discovery procedure*, in *Quarterly Journal of Austrian Economics*, vol. 5, n. 3, 2002

⁴¹ Sul ruolo del pensiero della scuola austriaca sulla disciplina antitrust, cfr. S. KUSUNOKI, *Hayek and antitrust*, in *History of Economics Review*, vol. 61, 2015.

⁴² In particolare, la genesi del pensiero ordoliberal è riconducibile alla fondazione della rivista *Ordo*, nel 1936, da parte di Franz Böhm, Walter Eucken e Hans Grossmann-Dörth. Tra gli scritti principali, su tutti, cfr. W. EUCKEN, *Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung*, in *Ordo*, 2, 1949 (tradotto in inglese da parte di C. Alborn e C. Grave, *The competitive order and its implementation*, in *CPI*, 2, 2, 2006). Sul pensiero ordoliberal v., tra gli altri, L. DI NELLA, *La Scuola di Friburgo o dell'ordoliberalismo*, in N. IRTI (a cura di), *Diritto ed economia, problemi e orientamenti teorici*, 1999, pp. 171-227, nonché C. AHLBORN, C. GRAVE, *Walter Eucken and Ordoliberalism: An Introduction from a Consumer Welfare Perspective*, in *CPI*, vol. 2, n. 2, 2006; J. HIEN, C. JOERGES, *About Ordoliberalism, Law, and the Rule of Economics*, Londra, 2020; M. DOLDE, T. KRIEGER, *Ordoliberalism and European Economic Policy. Between Realpolitik and Economic Utopia*, Londra, 2020. Come evidenza V. VANBERG, *The Freiburg School: Walter Eucken and*

tipico della scuola storica tedesca e del marxismo⁴³, il pensiero ordoliberalo valorizzava il libero mercato – nella convinzione che la concorrenza fosse il prodotto di un processo dinamico di interazione tra la libertà individuale delle imprese di determinare la propria offerta e quella clienti di formare la propria offerta – e postulava un «ordine» (*Ordnung*) in cui la costituzione economica avrebbe dovuto fissare le «regole del gioco» (*Spielregeln*) e, segnatamente, fornire un quadro normativo e istituzionale entro cui la concorrenza avrebbe potuto autenticamente svolgersi. In questo senso, il pensiero ordoliberalo si poneva in contrasto con le descritte posizioni volte invece a sostenere un maggiore *laissez-faire*, riconoscendo il carattere strumentale della concorrenza rispetto agli obiettivi politici e costituzionali di un dato ordinamento.

In definitiva, un'attenta analisi⁴⁴ dei lavori preparatori del Trattato CECA e dei Trattati CEE e CEEA mostra come il sistema di norme a tutela della concorrenza delineato nei primi anni di vita dell'UE abbia subito, a diverso titolo, l'influenza di diversi orientamenti di pensiero. Così, è stato osservato che, se le considerazioni in materia di efficienza economica hanno avuto un importante ruolo, l'idea ordoliberalo della concorrenza come strumento per la salvaguardia dei valori di ordine "costituzionale" non è mai venuta meno, «costituendo, piuttosto, uno dei fili più resistenti attraverso cui si è definita la complessa tessitura della tutela della concorrenza in Europa»⁴⁵.

Ordoliberalism, in *Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik*, 04/11, 2004, la spinta verso una costituzione economica che fissasse tali principi regolatori non doveva essere vista «as a purely academic enterprise, but [...] as a problem of constitutional choice, i.e. as a question of how a desirable economic order can be generated by creating an appropriate economic constitution».

⁴³ Così, C. ALLASINO, *L'ordoliberalismo o economia sociale di mercato. Un modello alternativo di capitalismo?*, in *Treccani – Il Chiasmo*, 19 ottobre 2021.

⁴⁴ Cfr., ad esempio, F. FORTE, F. FELICE, C. FORTE, *L'Economia sociale di mercato e i suoi nemici*, Catanzaro, 2011.

⁴⁵ G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, in *Quaderni Costituzionali*, 3, 2019, pp. 597-612, secondo il quale, secondo tale scuola di pensiero, «la struttura pienamente concorrenziale doveva servire non soltanto a realizzare l'efficiente allocazione delle risorse, ma soprattutto, e questo

1.3. Dal “Memorandum” a *Continental Can*: l’elaborazione della tesi della dominanza

Le lacune e i compromessi caratterizzanti i Trattati istitutivi lasciavano presagire un intervento successivo da parte delle istituzioni della CEE, cosa che, in effetti, avvenne meno di dieci anni dopo l’entrata in vigore del Trattato CEE, allorché la Commissione, riconoscendo l’accentuarsi del fenomeno delle concentrazioni negli anni successivi alla costituzione della Comunità, pubblicò sul finire del 1965 uno studio svolto con la collaborazione di specialisti indipendenti, che avrebbe avuto importanti conseguenze nello sviluppo della disciplina (nel prosieguo, “Memorandum”).

Da un lato, il mercato comune creato con i Trattati istitutivi necessitava, secondo la Commissione, la creazione di imprese di «*taille européenne*»⁴⁶, in grado non solo di operare nello scenario competitivo del mercato comune (posto che l’abolizione delle frontiere tra i Paesi membri e l’incentivo alle imprese europee di operare su scala più ampia aveva portato a un’accelerazione nell’evolversi delle strutture economiche dell’intero mercato europeo), ma anche di affrontare la concorrenza con i grandi conglomerati industriali dei paesi terzi. In questo senso, le concentrazioni – distinte dalle intese regolate dall’art. [101 TFUE] per l’idoneità a determinare un mutamento della «*structure interne*»⁴⁷ delle imprese interessate – avrebbero potuto giocare un ruolo centrale nella crescita economica europea. Dall’altro, il fenomeno delle fusioni e delle

era di centrale importanza nel pensiero ordoliberal, a garantire una società libera in cui lo Stato non cadesse preda degli interessi riferibili alle grandi concentrazioni di potere economico». Si veda anche F. MAIER-RIGAUD, *On the Normative Foundations of Competition Law – Efficiency, Political Freedom and the Freedom to Compete*, in D. ZIMMER (a cura di), *The Goals of Competition Law*, Cheltenham, 2012, pp. 132 ss.

⁴⁶ Commissione europea, *Le problème de la concentration*, cit., p. 5, dove vi è un espresso riferimento all’inadeguatezza delle dimensioni delle imprese europee, che, alla fine degli anni Sessanta, ancora apparivano in grado di sostenere la pressione concorrenziale globale: «*nombreuses entreprises européennes devront donc s’adapter, par leur croissance interne ou par la fusion avec d’autres entreprises, à ce marché plus vaste*».

⁴⁷ Commissione, *Le problème de la concentration*, cit., p. 9.

acquisizioni avrebbe potuto limitare indebitamente la concorrenza o la libertà di scelta di consumatori, fornitori e acquirenti, oltre che delle piccole e medie imprese. Il Memorandum afferma che la corretta instaurazione del mercato comune richiede che vi siano «*conditions de concurrence égales*»⁴⁸ e che a tal fine non è sufficiente fare riferimento al comportamento dei grandi conglomerati, ma anche alle «*structures économiques*» che queste vengono ad ottenere e che in talune occasioni potrebbero essere idonee, secondo la Commissione, a nuocere le piccole e medie imprese, le quali svolgono un ruolo cruciale nel confronto concorrenziale tra gli attori economici del mercato comune, poiché la loro offerta colma le lacune lasciate dai più grandi operatori.

In sostanza, il problema che la Commissione ravvisava nel fenomeno concentrativo era quello «*des positions dominantes et de leur formation*»⁴⁹, e sulla base di tale affermazione il Memorandum concludeva riconoscendo l'ammissibilità, nei casi di concentrazione che risultassero problematici, del ricorso alla norma sull'abuso di posizione dominante, inclusa nell'art. [102 TFUE]. Il Memorandum giunge a tale conclusione al termine di un *iter* argomentativo non particolarmente esteso⁵⁰ nel quale la Commissione conclude (contrariamente a quanto affermato da un gruppo di accademici interpellati sul quesito) per la non praticabilità dell'utilizzo dell'art. [101 TFUE] come base legale per lo scrutinio delle concentrazioni, ritenendo che tale normativa potesse determinare fenomeni al contempo di *over-enforcement* e *under-enforcement*⁵¹.

⁴⁸ Commissione, *Le problème de la concentration*, cit., p. 9.

⁴⁹ Commissione, *Le problème de la concentration*, cit., p. 11.

⁵⁰ Secondo A. PAPPALARDO, *Il diritto della concorrenza*, cit., pp. 660-661, «l'analisi della Commissione era, inevitabilmente, carente sotto il profilo giuridico» e la soluzione proposta nel Memorandum «poco felice». Dello stesso avviso anche E. SCHWARTZ, *Politics as Usual*, cit., secondo cui «*the memo's legal argument was weak*».

⁵¹ Da un lato, infatti, i criteri previsti nel primo paragrafo dell'art. [101 TFUE] avrebbero verosimilmente portato a uno scrutinio troppo severo nei confronti delle concentrazioni, non giustificabile in un contesto nel quale «il divieto di cartelli

Così, tra incertezze applicative sia dal punto di vista sostanziale sia procedurale, la Commissione nel Memorandum concludeva con la proposta di svolgere l'analisi delle concentrazioni, ove si rivelasse necessaria, secondo i requisiti e i parametri valutativi previsti dall'art. [102 TFUE] per l'abuso di posizione dominante⁵². Una scelta dall'indiscussa risonanza sul futuro sviluppo della disciplina, non solo dell'UE, ma anche di quegli Stati membri che non avevano ancora una normativa antitrust in vigore.

Il contenuto del Memorandum e, segnatamente, la scelta della Commissione di ascrivere il fenomeno delle concentrazioni alla figura dell'abuso di posizione dominante appare come una *reductio* che, ancora una volta, risentiva dell'esigenza di trovare un compromesso tra spinte di politica industriale proprie della CEE⁵³ e degli Stati membri. In questo senso, è stato notato da chi si è occupato di ricostruire gli sviluppi storici del diritto della concorrenza europeo che la scelta della Commissione di abbracciare la

costituisce la regola, mentre il divieto di concentrazioni è l'eccezione» e nel quale, pertanto, l'applicazione del medesimo divieto a situazioni così dissimili avrebbe portato a situazioni «irrazionali». D'altra parte, la Commissione osserva che l'applicazione dell'art. 85, § 3, del TCEE alle concentrazioni mal si concilia con il tipo di analisi sulle concentrazioni, di tipo prospettico e basata tendenzialmente su criteri negativi (segnatamente: «*en fonction du dépassement des limites de la puissance économique admissible sur le marché*»), delle quali non è solitamente possibile valutare, sin dal momento della loro notificazione, la sussistenza di effetti benefici quali quelli previsti dall'art. 85, § 3.

⁵² Il principio sarà ribadito poco dopo nella IX relazione della Commissione europea del giugno 1966 sull'attività della CEE, dove la Commissione l'intenzione di esercitare i poteri attribuiti dal regolamento (CEE) 17/1962 «*to oppose any form of combination that would lead to the monopoly of a market. The ban on cartels (Articles 85) is, in the Commission's opinion, neither intended nor suitable to prevent the domination of a given market by mergers or other forms of combination*». Peraltro, tale proposta non ignorava che, in presenza di «*circonstances particulières*» (sulle quali, tuttavia, la Commissione non svolgeva considerazioni specifiche) tale approccio potesse incontrare dei limiti e pertanto lasciasse aperta l'esigenza di individuare una base legale soddisfacente che permettesse di intervenire nei confronti di concentrazioni che potessero determinare una lesione della concorrenza.

⁵³ In questo senso, D.G. GOYDER, *EEC Competition Law*, cit., riporta come le conclusioni contenute nel Memorandum fossero state formulate in presenza di un sensibile dissenso – anche – interno alla direzione generale della Commissione (DG IV) che si era occupata della stesura del medesimo.

posizione “della dominanza” e rigettare così quella – pure proposta dalla maggior parte degli accademici interpellati dalla stessa Commissione – dell’applicazione dell’art. [101 TFUE], andrebbe valutata con riferimento allo scenario politico della metà degli anni Sessanta. In questo periodo, caratterizzato da rilevanti tendenze intergovernative e “centrifughe” all’interno della Comunità alimentate dallo scetticismo⁵⁴ dei *leader* politici di Francia e Germania, la Commissione verosimilmente aveva preferito individuare una soluzione, seppur non pienamente soddisfacente, negli strumenti già esistenti, anziché attribuire nuove prerogative in capo a sé stessa, che avrebbero incontrato lo sfavore degli Stati membri.

A testimonianza dei limiti, non solo teorici ma applicativi, derivanti dalla soluzione ravvisata nel Memorandum, la Commissione aspettò l’inizio degli anni Settanta per aprire un caso di concentrazione. In particolare, nel noto caso *Continental Can* del 1971, la Commissione per la prima volta adottava con decisione⁵⁵ un formale divieto di porre in essere una concentrazione in

⁵⁴ Significativamente, l’adozione del Memorandum è coeva al periodo della crisi della “sedia vuota”, che fece seguito alla decisione del presidente francese Charles de Gaulle, del giugno 1965, di boicottare le riunioni del consiglio dei ministri delle Comunità, bloccandone l’attività, e che poté essere risolta solamente con il c.d. compromesso di Lussemburgo del 30 gennaio 1966, in virtù del quale, «nel caso di decisioni che possono essere prese a maggioranza su proposta della Commissione, sono in gioco interessi molto importanti di uno o più partners, i membri del Consiglio si adopereranno per trovare in un ragionevole lasso di tempo soluzioni che possano essere adottate da tutti i membri del Consiglio». Il compromesso di Lussemburgo è testimonianza del fatto che il biennio 1965-1967 costituì uno snodo cruciale nel processo di integrazione europea, a seguito del quale, come anche da attori del tempo, gli Stati membri percepirono come la CEE fosse una cornice della quale non avrebbero più potuto fare a meno, nella quale l’attività economica potesse fiorire e senza la quale essi sarebbero ritornati ad assumere una posizione di piccolo o medio Stato, in un mondo dominato da grandi potenze. Così, R. MARJOLIN, *Le travail d’une vie: mémoires 1911-1986*, Parigi, 1986, e L. WARLOUZET, *The rise of European Competition Policy*, cit., p. 11 riporta che il governo francese era stato il principale oppositore all’adozione del regolamento (CEE) 17/1962 che era percepito «as giving too many powers to the Commission and as being too ordoliberal».

⁵⁵ La Continental Can Company Inc. (“Continental Can”) era una società americana che produceva imballaggi metallici, materiali d’imballaggi di carta e di plastica, nonché macchine per fabbricare e impiegare tali imballaggi. Nel corso del 1969, in seguito a successivi acquisti azionari, Continental Can portava la propria

applicazione dell'art. [102 TFUE]. Il caso, di indiscusso rilievo⁵⁶, nasceva

partecipazione nell'impresa tedesca Schmalbach-Lubeca-Werke AG ("SLW") all'85% del capitale sociale e progettava la creazione di una *holding* europea di imballaggi con la società londinese MB alla quale sarebbero stati invitati a partecipare i licenziatari della Continental Can nei Paesi Bassi e in Francia; segnatamente, le società Thomassen & Drijver-Verblifa N.V. ("TDV"), Deventer, e J.J. Carnaud et Forges de Basse-Indre. Nell'anno successivo veniva firmato un accordo tra Continental Can e la TDV in base al quale CCC avrebbe costituito una società chiamata Europemballage Corp., negli Stati Uniti, ove avrebbe trasferito la propria partecipazione alla SLW; inoltre, l'accordo prevedeva incentivi per gli azionisti della TDV a cedere le proprie azioni in cambio di quelle future della nuova società. Continental Can diventava così azionista al 91,7 % della TDV tramite Europemballage. La Commissione, dopo aver avvertito le imprese interessate dall'operazione della possibilità che la stessa fosse incompatibile con l'art. 86, § 1, del TCEE, avviava un procedimento amministrativo ai sensi del regolamento (CEE) 17/1962, ad esito del quale accertava lo sfruttamento della posizione dominante da parte di Continental Can nel mercato degli imballaggi per alimenti e, di conseguenza, vietò il perfezionamento dell'operazione.

⁵⁶ Decisione della Commissione del 9 dicembre 1971, caso IV/26811, *Continental Can Company*. Anche al di là del mondo del diritto il caso ebbe una notevole eco: ad esempio, il quotidiano inglese *The Times* descrisse la sentenza della Corte di giustizia come «*arguably the most important test case in the EEC legal history*» (così *The Times*, *Continental Can wins European Court Appeal against Commission*, 22 febbraio 1973). Sull'impatto e il ruolo del caso *Continental Can* nell'evoluzione della disciplina antitrust, cfr. J. HURWITZ, *The Impact of the Continental Can Case on Combinations and Concentrations within the Common Market*, in *Hastings Law Journal*, Vol. 25, n. 3, 1974, pp. 469 ss.; W. HOYNG, M. BIESHEUVEL, *Towards a pre-merger control in the European Community?*, in *Leiden Journal of International Law*, 1988, vol. 1, n. 1, pp. 79-84. Quanto all'attualità di tale precedente, sebbene si affermi generalmente che la "dottrina Continental Can" sia divenuta obsoleta a seguito dell'adozione del successivo regolamento (CEE) 4064/1989, c'è chi ritiene che «non sembra possibile escludere in astratto il ricorso da parte delle Autorità antitrust alla disciplina che vieta gli abusi di posizione dominante al fine di valutare una concentrazione non soggetta alle norme deputate al vaglio di tali fattispecie, nel quadro concettuale di abusi che alterano la struttura del mercato» (P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza*, Bologna, 2019, nt. 62; in senso conforme, cfr. F. MUNARI, *Diritto della concorrenza nell'Unione europea*, in *Digesto Discipline Pubblicistiche*, IV, Torino, 2010, secondo cui «oggi, verosimilmente, nei residuali casi in cui tale disciplina non fosse applicabile, è stata considerata abusiva l'acquisizione di un concorrente da parte di un'impresa in posizione dominante»). Questo è stato anche prospettato in alcuni casi successivi all'adozione di una normativa sul controllo delle concentrazioni da parte della Commissione europea (cfr. la decisione del 6 maggio 1999, caso IV/37 396, *Revised TACA*) e dalla stessa Corte di giustizia (cfr. le sentenze del 21 settembre 2005, causa T-87/05, *Energias de Portugal S.A. c. Commissione*, ECLI:EU:T:2005:333, e del 14 dicembre 2005, causa T-210/01, *General Electric Company contro Commissione*, EU:T:2005:456). Più di recente, il tema sembra essere tornato in auge, come dimostra il rinvio pregiudiziale (causa C-449/21, *Towercast c. Autorité de la concurrence e a.*) sollevato nel luglio 2021 dalla Corte d'Appello di Parigi, che ha sottoposto alla Corte di giustizia un quesito in merito alla possibilità che «un'operazione di concentrazione, che non riveste dimensione comunitaria ai sensi dell'articolo 1 del citato regolamento, che è inferiore alle soglie di controllo *ex ante* obbligatorio previste

dall'impugnazione di Continental Can ed Europemballage, che dinanzi alla Corte di giustizia avevano lamentato, in primo luogo, un'errata interpretazione dell'art. [102 TFUE] che, nell'accezione datagli nella decisione della Commissione avrebbe fatto di tale previsione «uno strumento di controllo delle concentrazioni, in spregio al contenuto e alla portata degli obiettivi di detta norma»⁵⁷. In particolare, le ricorrenti osservavano che l'estraneità del fenomeno delle concentrazioni dall'alveo dell'art. [102 TFUE] risultasse non solo dal tenore letterale della norma, ma anche da un raffronto tra il Trattato CECA e il Trattato CEE, in guisa tale che, «qualora il legislatore avesse voluto istituire, anche nell'ambito del Trattato CEE, un controllo sulle concentrazioni e il potere di eliminarle, gli sarebbe stato facile includere nel testo del trattato disposizioni analoghe a quelle dei nn. 1-6 dell'art. 66 del trattato CECA». Significativamente, e in linea con quanto rilevato poc'anzi, a sostegno delle proprie tesi le ricorrenti denunciavano la «manifesta contraddizione fra il divieto posto alla concentrazione di grosse imprese e la politica industriale sostenuta dalla

dal diritto nazionale e che non ha dato luogo a un rinvio alla Commissione europea ai sensi dell'articolo 22 di detto regolamento, sia considerata da un'autorità nazionale garante della concorrenza come costitutiva di un abuso di posizione dominante, vietato dall'articolo 102 TFUE, tenuto conto della struttura della concorrenza su un mercato di dimensione nazionale». Nella giurisprudenza nazionale, una risposta negativa a tale quesito è stata data in una recentissima pronuncia del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, dove è stato osservato che la sentenza *Continental Can* mirava a colmare un vuoto di tutela nell'ambito del diritto della concorrenza dell'epoca, che non contemplava una disciplina *ad hoc* in materia di concentrazioni. Di conseguenza, «se le operazioni di concentrazioni potessero essere oggetto di analisi da parte delle autorità ai fini antitrust al di fuori della disciplina di cui al Regolamento n. 139/2004, ne risulterebbe irrimediabilmente compromesso il sistema di tutela ivi approntato anche nell'interesse delle imprese. Difatti, in violazione del principio di certezza del diritto e della libertà di iniziativa economica, potrebbero essere pregiudicati o addirittura travolti, a distanza di anni dal momento in cui l'Autorità ne ha avuto conoscenza, gli effetti delle operazioni di concentrazione, perché successivamente ritenuti in grado di ostacolare il mercato rilevante in maniera anticoncorrenziale» (TAR Lazio, sent. n. 3334 del 24 marzo 2022, *Vivo Concerti S.r.l. c. AGCM*, su cui, per un primo commento, cf. G.C. RIZZA, *A completed merger cannot be considered as part of an abusive strategy in the framework of a later Article 102 decision*, in *Cleary Antitrust Watch Blog*, 2022).

⁵⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 21 febbraio 1973, causa 6-72, *Continental Can Company Inc. e a. c. Commissione*, ECLI:EU:C:1973:22.

Commissione, dal Parlamento europeo e dal Comitato economico e sociale».

Con la propria sentenza, adottata il 21 febbraio 1973, la Corte di giustizia accoglieva il ricorso sulla base, nondimeno, non dei motivi relativi alla competenza della Commissione e alla base legale da questa individuata nell'adottare la decisione, bensì sulla mancanza di un'adeguata prova dei fatti e delle valutazioni su cui la decisione era fondata⁵⁸. La Corte, affermando che le condotte indicate nell'art. [102 TFUE] fossero meramente esemplificative, rigettava la tesi secondo cui i provvedimenti strutturali delle imprese, quali il rafforzamento di una posizione dominante mediante una concentrazione, non potessero essere qualificate come sfruttamento abusivo di detta posizione: secondo la Corte, qualsiasi provvedimento strutturale può, dal momento che esso accresce le dimensioni e la potenza economica dell'impresa, avere incidenza sulla situazione del mercato. Il ragionamento della Corte, al riguardo, invitava ad aver riguardo «allo spirito, e al tempo stesso alla struttura e alla lettera dell'art. 86, tenuto conto del sistema del trattato e delle sue finalità», così facendo propria un'interpretazione di tipo finalistico, incentrato sulla considerazione che detta norma, lungi dall'essere solamente programmatica, era collocata tra le politiche della CEE nel campo della concorrenza che, ai sensi dell'art. 3, lett. f), del relativo Trattato⁵⁹, rivestivano una natura strumentale alla corretta instaurazione e alla piena realizzazione del mercato comune. E il vincolo imposto dagli obiettivi fondamentali del trattato deriva dalla forza imperativa («*obligatory force*») inerente a questi obiettivi. L'esigenza, presidiata dall'art. 3, lett. f), del Trattato, che la concorrenza non fosse alterata nel mercato

⁵⁸ In particolare, con riferimento alla correttezza definizione del mercato rilevante interessato dall'illecito anticoncorrenziale e, di conseguenza, alla sussistenza di una posizione dominante in capo a Continental Can.

⁵⁹ Tale norma prevedeva, infatti, che, ai fini della realizzazione degli scopi della Comunità, «l'azione della Comunità importa, alle condizioni e secondo il ritmo previsto dal presente Trattato [...] a creazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune».

comune era, secondo i giudici di Kirchberg, così essenziale che «senza di essa, numerose disposizioni del trattato diverrebbero prive di oggetto»⁶⁰: pertanto, il «*double standard*»⁶¹ che si sarebbe verificato non riconoscendo il potere della Commissione di intervenire in caso di concentrazioni lesive della concorrenza avrebbe comportato una breccia atta a compromettere il corretto funzionamento del mercato comune. Di talché, la Corte riconosceva che l'abuso di posizione dominante potesse ravvisarsi anche in assenza di un diretto danno ai consumatori, bensì nel fatto che un'impresa in posizione dominante rafforzata tale posizione al punto che il grado di dominio così raggiunto rappresenti un sostanziale ostacolo per la concorrenza, nel senso di lasciar sussistere solo imprese dipendenti, per il loro comportamento, dall'impresa dominante. Avallando senza particolari riserve la lettura "espansiva" dell'art. [102 TFUE] suggerita dalla Commissione nel Memorandum, la sentenza *Continental Can* è stata, al suo tempo, come massima espressione dell'interpretazione teleologica dei Trattati istitutivi⁶² e, più in generale, come manifestazione di una fase storica dell'integrazione europea durante la quale, come sostenuto da autorevole dottrina, si è progressivamente erosa l'idea che il principio delle competenze attribuite fosse da intendersi come un limite allo sviluppo delle competenze materiali dell'Unione⁶³.

⁶⁰ Corte giust., *Continental Can*, punto 24.

⁶¹ In questi termini, P. BOS, *Concentration control in the European Economic Community*, Londra, 1992, p. 10; D.G. GOYDER, *EEC Competition Law*, cit., p. 71.

⁶² Cfr. J. HURWITZ, *The Impact of the Continental Can Case on Combinations and Concentrations within the Common Market*, in *Hastings Law Journal*, Vol. 25, n. 3, 1974, pp. 469 ss., che poco dopo la pronuncia della sentenza rilevava come un simile approccio potesse avere importanti conseguenze sull'interpretazione dei Trattati, anche al di là del diritto della concorrenza, atteso che «*the use of broadly worded objectives to determine the scope of more specific statutes could make interpretation of the Rome Treaty more expansive, more capable of dealing with current problems and more unpredictable than it is at present. The future significance of this could be felt not only in the area of competition policy, but in all areas of EEC activity*»

⁶³ Cfr. A. TIZZANO, *Lo sviluppo delle competenze materiali delle Comunità europee*, in *Rivista di diritto europeo*, 139, 1981; J.H. WEILER, *The Transformation of Europe*, in *Yale Law Journal*, 100, 1991; C. SASSE, H.C. YOUROW, *The Growth of Legislative Power of the European*

Nonostante la risonanza della sentenza *Continental Can* e l'apertura da parte della Corte di giustizia rispetto all'interpretazione espansiva e teleologica dell'art. [102 TFUE], negli anni successivi a detta pronuncia la Commissione si è astenuta dall'adottare decisioni significative nel solco del dettato giurisprudenziale. La spiegazione del silenzio della Commissione in questi anni sta, ancora una volta, in un intreccio di fattori più politici che giuridici. In particolare, avendo la Commissione dichiarato – in linea con il descritto orientamento ordoliberal di origine tedesca – che per un controllo efficace delle concentrazioni sarebbe stato necessario un regolamento *ad hoc* ed avendo il Consiglio per anni ignorato tale richiesta, la Commissione verosimilmente «preferì allora brandire la minaccia dell'uso dei [...] giudicati, piuttosto che applicarli con determinazione e sistematicità ai casi concreti»⁶⁴.

Alla sostanziale stasi della Commissione che caratterizzò il decennio successivo a *Continental Can*⁶⁵ non corrispose un totale silenzio istituzionale

Communities, in T. SANDALOW, E. STEIN (a cura di), *Courts and Free Markets. Perspectives from the United States and Europe*, 1, Oxford, 1982.

⁶⁴ Così, G. ROSSI, *Governo, Magistratura, Autorità Garante: Tre Diverse Filosofie dell'Antitrust*, in *Riv. soc.*, 6, 2000, dove l'Autore criticamente osserva che «è possibile che qualche caso concreto risolto in base alle due sentenze avrebbe aiutato ad attuare la politica della concorrenza lacunosa soprattutto in tema di concentrazioni».

⁶⁵ Non fu così, invece, per quanto riguarda l'applicazione dell'art. [102 TFUE] a fattispecie abusive diverse dalle concentrazioni, su cui la Corte di giustizia si pronunciò nel corso degli anni Settanta con alcune pronunce fondamentali che, pur non trattando direttamente la materia delle concentrazioni come era stato fatto in *Continental Can*, ebbero certamente un impatto nella formazione della disciplina di diritto derivato che era in corso di elaborazione in quegli stessi anni. Tra queste, figurano: la sentenza del 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands Company e a. c. Commissione*, ECLI:EU:C:1978:22, con cui la Corte elaborò il noto *two-limbed test* probatorio tutt'ora impiegato nella valutazione di condotte da parte di società dominanti che mirino a sfruttare il proprio potere di mercato al fine di realizzare profitti sovrapetitivi; la pronuncia del 23 maggio 1978, causa 102/77, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*, ECLI:EU:C:1978:108, con la quale la Corte fornì un *benchmark* di riferimento per l'accertamento della dominanza – rappresentato dalla «situazione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori», meno rigido di quello espresso in *Continental Can*, dove invece la Corte aveva fatto

sulla materia. In questo senso, merita di essere riportata una risoluzione del Parlamento europeo, del 7 giugno 1971 (prima, quindi dell'adozione della decisione *Continental Can* da parte della Commissione), adottata sulla base di una relazione parlamentare del parlamentare Cornelius Berkhouwer, con la quale il Parlamento aveva, tra le altre cose, auspicato l'adozione di una disciplina europea sulle concentrazioni, con la quale si potesse eradicare il crescente rischio dello sviluppo di tendenze, da parte dei governi degli Stati membri, di controllare le concentrazioni a livello locale e al fine di difendere interessi nazionali⁶⁶. Un'altra testimonianza della crescente convergenza sul punto è data dalle risultanze del vertice che si tenne a Parigi nel 1972 tra i capi di Stato e di governo degli Stati membri⁶⁷, ad esito del quale fu formalmente espressa la necessità, nell'ambito della definizione della politica industriale della Comunità, di eliminare le barriere giuridiche «che si oppongono al riavvicinamento e alle concentrazioni delle imprese» e, contestualmente, di promuovere l'adozione di disposizioni «atte a garantire che le concentrazioni riguardanti le imprese situate nella Comunità siano in armonia con gli obiettivi economici e sociali comunitari, e il mantenimento di una concorrenza leale sia

riferimento alla «pratica eliminazione di qualsiasi tipo di concorrenza» (pur riconoscendo che «non sempre sia posta una condizione così rigida»); la sentenza del 27 marzo 1974, causa 127-73, *BRT e a. c. SV SABAM e a.*, ECLI:EU:C:1974:25, con cui la Corte ha riconosciuto che le norme del Trattato in materia di concorrenza sono dotate di efficacia diretta e che possono pertanto essere invocate dai singoli dinanzi tanto alle giurisdizioni nazionali.

⁶⁶ Risoluzione del Parlamento europeo sulla disciplina della concorrenza e la posizione delle imprese europee nel mercato comune e nell'economia mondiale, 7 giugno 1971 (G.U.C.E. C 66 del 1° luglio 1971, pp. 1-13). Ancora una volta, oltre all'esigenza di armonizzazione a livello europeo, veniva altresì richiamata l'attenzione sull'esigenza di assicurare «una collaborazione comunitaria, poiché soltanto così sarà possibile conseguire una forte posizione concorrenziale nei confronti di imprese di paesi terzi»⁶⁶. Anticipando quello che sarebbe infine confluito nella disciplina di diritto derivato, il Parlamento riteneva poi necessario che le concentrazioni che superano una determinata quota di mercato o un determinato ordine di grandezza fossero oggetto di notifica alla Commissione e potessero essere considerate autorizzate solo in assenza di obiezioni entro un termine specifico.

⁶⁷ La «conferenza al vertice» in questione si tenne dal 19 al 20 ottobre 1972 al *Centre des conférences internationales* di Parigi e fu presieduta da Barend Biesheuvel.

nel mercato comune che sui mercati terzi, conformemente alle disposizioni dei Trattati»⁶⁸.

1.4. La formazione della disciplina alla prova dell'intergovernamentalismo. Il regolamento (CEE) 4064/1989

Spinta dall'incoraggiamento ottenuto con la pronuncia *Continental Can* e dalle timide aperture manifestate a livello istituzionale (in seno, per lo meno, al Parlamento europeo), nel luglio del 1973 la Commissione presentava al Consiglio la sua prima proposta di regolamento in materia di controllo delle concentrazioni⁶⁹.

Un primo elemento di interesse rispetto alla proposta avanzata dalla Commissione sta nella sua base giuridica, che era stata individuata dalla Commissione negli articoli 87 e 235 del TCEE. Se il primo aveva attribuito al Consiglio il potere di adottare una normativa di dettaglio su taluni aspetti di diritto della concorrenza (e aveva rappresentato la sola base giuridica per l'adozione del regolamento (CEE) 17/1962), significativo è il riferimento alla "clausola di flessibilità" di cui all'art. 254 TCEE, esperibile laddove «un'azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità, senza che il presente Trattato abbia previsto i poteri d'azione a tal uopo richiesti». Se la scelta di disciplinare la materia attraverso un regolamento (quindi, una norma di diritto derivato) è figlia dell'idea per cui non fosse necessaria una revisione dei Trattati per un'attribuzione di competenza all'Unione, d'altra parte l'impiego della "clausola di flessibilità" dimostra come la stessa Commissione, che pochi anni

⁶⁸ Conferenza al vertice di Parigi del 19-20 ottobre 1972, *Dichiarazione e Comunicato finale della Conferenza al Vertice*, 21 ottobre 1972, in *Rivista di Studi Politici Internazionali*, 39, 4, 1972, pp. 624-630.

⁶⁹ Commissione europea, Proposta di regolamento (CEE) del Consiglio sul controllo delle concentrazioni, 20 luglio 1973 (G.U.C.E. C 92 del 31 ottobre 1973).

prima aveva propugnato l'utilizzabilità dell'art. [102 TFUE] come base legale per esercitare un controllo sulle concentrazioni, non fosse convinta della solidità di questa tesi, o comunque della possibilità di impiegare la medesima norma – che lasciava scoperto il caso, certamente non trascurabile, delle operazioni poste in essere da operatori non detenenti una posizione dominante – quale base giuridica per un intervento normativo nel medesimo settore⁷⁰. L'impiego della clausola di flessibilità implicava, però, che il regolamento proposto dalla Commissione avrebbe dovuto essere approvato dal Consiglio all'unanimità e che, pertanto, la proposta avrebbe potuto essere arenata a causa del veto di uno solo degli Stati membri: uno scenario non così impronosticabile, considerata la tensione tra la spinta, di chiara ispirazione "ordoliberal", alla creazione di uno strumento sovranazionale di controllo delle concentrazioni e i timori degli Stati membri di perdere il controllo sulle proprie politiche industriali nazionali.

Dopo che furono consultati, con esito positivo e larghe maggioranze, sia il Parlamento europeo (che propose alcune modifiche al testo proposto dalla Commissione)⁷¹ sia il Comitato economico e sociale europeo⁷², il progetto non

⁷⁰ *Inter alia*, cfr. D. SWANN, *The economics of the Common Market*, cit., p. 120. D'altronde, anche il preambolo alla proposta di Regolamento recitava che «l'articolo 86 si applica ad operazioni di concentrazione realizzate da imprese aventi una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di esso che potenziano questa loro posizione in modo tale che il grado di dominazione così raggiunto potrebbe ostacolare in modo sostanziale la concorrenza» e che, di conseguenza, «è necessario prevedere poteri d'azione complementari che consentano di raggiungere altre operazioni di concentrazione suscettibili di falsare la concorrenza nel mercato comune e di stabilire un sistema di controllo preventivo».

⁷¹ Cfr. la risoluzione del Parlamento europeo recante il parere del Parlamento europeo sulla proposta della Commissione delle Comunità europee al Consiglio concernente un regolamento sul controllo delle concentrazioni, 12 febbraio 1974 (G.U.C.E. C 23 dell'8 marzo 1974). Tra le modifiche proposte dal Parlamento, vi era, ad esempio, il riferimento alla «ripartizione equilibrata delle industrie e dei posti di lavoro nella Comunità» tra i casi che potevano giustificare l'esecuzione di operazioni astrattamente vietate ai sensi del Regolamento, nonché una leggera modifica delle soglie di fatturato previste dalla proposta della Commissione.

⁷² Cfr. il parere del Comitato economico e sociale europeo in merito alla proposta di Regolamento (CEE) del Consiglio sul controllo delle concentrazioni (G.U.C.E. C 88 del 26 luglio 1974). Tra i punti trattati dal parere del CESE vi era una preoccupazione legata al rapporto tra gli strumenti previsti nel regolamento e quelli invece disciplinati

trovò tuttavia l'unanime consenso degli Stati membri in seno al Consiglio. In tale sede, si trovavano contrapposti, da un lato, i sostenitori di una tesi «mercantilista»⁷³ (segnatamente: Francia, Italia, Irlanda e Regno Unito), che postulavano la necessità di tenere in considerazione non solo l'effetto delle concentrazioni sulla concorrenza ma anche obiettivi di *policy* industriali, quali la creazione di "campioni europei", e pertanto il processo decisionale avrebbe dovuto coinvolgere i Governi nazionali e, dall'altro, i fautori di tesi neoliberiste, in ragione delle quali la Commissione europea avrebbe dovuto svolgere un controllo sulle concentrazioni in piena autonomia ma in un regime di «*democratic accountability*»⁷⁴. Inoltre, quanto ad affidare alla Commissione le prerogative proprie del *merger control*, continuavano a esistere opinioni di segno contrario, come quella manifestata della Camera del Commercio Internazionale e di altre organizzazioni di categoria⁷⁵, che avrebbero preferito la creazione di organismo terzo con competenze specifiche in materia antitrust. A tutto ciò si aggiungeva alla critica secondo cui le soglie di fatturato previste nella proposta di regolamento, anche alla luce delle revisioni operate dal Parlamento, apparivano troppo basse e pertanto tali da far ricadere nella competenza della

dalle legislazioni nazionali, che avrebbe richiesto la previsione «in modo specifico che soltanto la Commissione sarà competente per giudicare della compatibilità delle concentrazioni con il mercato comune». Inoltre, rispetto alla scelta di utilizzare il fatturato come parametro di riferimento per individuare le concentrazioni oggetto di scrutinio, il CESE rilevava che esso può «fornire ben poche indicazioni circa la posizione di mercato, specie per le imprese che hanno una produzione variata»

⁷³ H. BUCH-HANSEN, *Rethinking the history of European level merger control*, cit., p. 137.

⁷⁴ S. GILL, *European Governance and New Constitutionalism: Economic and Monetary Union and Alternatives to Disciplinary Neoliberalism in Europe*, in *New Political Economy*, 3, 1, 1998, pp. 5-26. Come si legge nell'articolo *Europe's Trustbusters* pubblicato su *The Economist* il 31 agosto 1974, solo la Germania appariva «*enthusiastic*» in merito alla proposta di regolamento.

⁷⁵ Cfr. *Gunning for Mergers*, in *The Economist*, 4 agosto 1973, pp. 51-52, dove si osserva che «*the court of justice is often ready to give the commission a generous interpretation of the Treaty of Rome while still ruling against it when it makes an inadequate factual case for undoing a merger. So the situation may be clearer than it was, but it is still short of transparency*».

Commissione un numero troppo ampio di operazioni, non coprendo solamente, secondo alcuni osservatori, quelle aventi spiccata rilevanza transnazionale sul mercato comune⁷⁶.

Alla fine, nell'ambito delle discussioni consiliari prevalse la posizione più conservativa, "mercantilista", che, portata avanti dall'asse anglo-francese (oltre che da Paesi come l'Italia e da attori privati dalla forte influenza sui processi decisionali nella Comunità) impedì di fatto il raggiungimento di un'intesa sul regolamento proposto dalla Commissione. Tale impossibilità fu peraltro acuita dal contesto storico in cui i negoziati si stavano sviluppando, dove la crisi petrolifera che colpì il mondo negli anni Settanta indusse altresì gli Stati membri a operare politiche protezionistiche e rallentò considerevolmente il livello di integrazione, non solo politica, ma anche economica, all'interno della Comunità⁷⁷. Il fallimento della proposta del 1973, pur comportando il perdurare di una fase stagnante dal punto di vista dell'applicazione del diritto antitrust alle concentrazioni, non impedì, a una Commissione sempre più impaziente, di continuare a fare pressioni volte a sensibilizzare gli attori, privati e istituzionali, sul tema. Così, nelle proprie relazioni annuali sulla politica di concorrenza la Commissione rilevava, a metà degli anni Settanta⁷⁸, un incremento sostanzioso del numero delle fusioni e delle acquisizioni all'interno della Comunità, sebbene fossero ancora predominanti le operazioni su scala

⁷⁶ D.G. GOYDER, *EEC Competition Law*, cit., p. 323.

⁷⁷ Come riportato da H. BUCH-HANSEN, *Rethinking the history of European level merger control*, cit., quegli anni furono poche le operazioni di concentrazione di scala sovranazionale, mentre le principali operazioni avevano solitamente dimensione nazionale o regionale.

⁷⁸ Cfr., ad esempio, la sesta relazione annuale della Commissione europea sulla politica di concorrenza, Bruxelles-Lussemburgo, 1977, pp. 147 ss. Nello stesso documento, la Commissione peraltro riporta le ragioni che, secondo una relazione interna del gruppo di lavoro su materie economiche al COREPER, fossero ancora irrisolte, in seno al consiglio, le seguenti questioni connesse alla proposta di regolamento del 1973: «*the principle of premerger control and the legal basis of the proposed regulation, the field of application, the possibility of derogations from any prohibition, the notification of planned mergers and the decision-making procedure*».

nazionale rispetto a quelle internazionali.

Una nuova di proposta di regolamento⁷⁹, sempre ai sensi degli artt. 86 e 235 del TCEE, fu avanzata nel 1981 quando, dopo un periodo di stagnazione di attività in ambito antitrust dovuta anche al perdurare della crisi petrolifera⁸⁰, il Parlamento europeo fece formalmente notare come il processo legislativo relativo a quella del 1973 si fosse arenato. La nuova proposta, pur non incidendo sull'architettura di quella precedente, presentava alcune caratteristiche finalizzate a trovare una maggiore apertura in Consiglio, ivi incluso l'innalzamento della soglia di fatturato che le imprese interessate avrebbero dovuto superare per essere soggette all'obbligo di notifica e il chiarimento esplicito che l'obbligo avrebbe riguardato operazioni di "dimensione comunitaria". L'iter istituzionale, nonostante presupposti fossero leggermente più incoraggianti⁸¹, non portò tuttavia a un risultato diverso rispetto a quanto era avvenuto rispetto alla proposta del 1973: anche in questo caso vi fu l'approvazione del Parlamento e del Comitato economico e sociale (che propose di integrare la proposta al fine di considerare anche esigenze sociali e di politica industriale nella valutazione delle concentrazioni), e anche in questo caso il Consiglio non seppe trovare un accordo unanime tra gli Stati membri in merito

⁷⁹ Commissione europea, *Amended proposal for a Council regulation on the control of concentrations between undertakings (merger control regulation)*, COM(81)773, Bruxelles, 9 dicembre 1981.

⁸⁰ È questo il periodo, d'altronde, dove furono esentati dall'applicazione del divieto di cui all'art. [101 TFUE] i c.d. cartelli di crisi, con una certa "generosità" e secondo un paradigma la cui opportunità è stata successivamente messa in discussione (*ex multis*, cfr. F. JENNY E A., *Competition Law in and the Health Crisis*, in *Concurrences*, 2, 2020).

⁸¹ Cfr. *Brides-to-be revisited*, in *The Economist*, 12 dicembre 1981, pp. 62-64. Maggiori speranze erano poi dovute alla presenza al susseguirsi di alcuni Commissari alla Concorrenza (Frans Andriessen dal 1981 al 1985, Peter Sutherland dal 1985 al 1989, e Leon Brittan dal 1989) che, animati da grande «entusiasmo neoliberalista» e caratterizzati da grandi doti negoziali e comunicative, portarono in cima alle proprie priorità l'adozione di una normativa di diritto derivato in ambito di controllo delle concentrazioni (cfr. M. CINI, L. MCGOWAN, *Competition Policy*, cit.).

al testo di regolamento⁸².

Nuove modifiche al testo originario furono presentate nel 1984⁸³ ma anche queste furono respinte dal Consiglio, così come una successiva proposta del 1986, la cui mancata approvazione è ancor meno sorprendente, considerato che essa si atteggiava come una riforma ancora più radicale della precedente, escludendo la possibilità per il Consiglio stesso di intervenire nel processo decisionale della Commissione⁸⁴.

In questa fase di stallo, un ruolo di grande rilievo lo ebbe ancora una volta la Corte di giustizia che, con la sentenza *Philip Morris* del 1987, aprì la strada alla possibilità (in antitesi rispetto all'esito del Memorandum della Commissione e alla "dottrina *Continental Can*" elaborata anni prima dalla stessa Corte) di applicare a talune forme di concentrazioni l'art. [101 TFUE]. Nello specifico alla Corte era stata posta la questione «se e, eventualmente, in quali casi l'acquisto di una partecipazione di minoranza [nel] capitale di un'impresa concorrente possa costituire trasgressione degli artt. [101] e [102] e del trattato»⁸⁵. La risposta della Corte di giustizia, per quanto non del tutto

⁸² Cfr. Commissione europea, COM(81)773, cit., dove si rileva, ad esempio, che il Governo italiano aveva espresso una «*general reservation on the whole of the proposal, on political ground*», o che Francia, Regno Unito, Italia e Irlanda avessero richiesto che potesse essere garantita un'esenzione dal divieto imposto dalla Commissione anche «*on grounds of national industrial, regional or social policies*».

⁸³ Commissione europea, *Amended proposal for a Council regulation on the control of concentrations between undertakings*, COM(84) 59, Bruxelles, 3 febbraio 1984.

⁸⁴ Commissione europea, *Amended proposal for a Council regulation (EEC) on the control of concentrations*, COM(86) 675, Bruxelles, 21 novembre 1986.

⁸⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 17 novembre 1987, causa C-142/84, *British-American Tobacco Company Ltd e R. J. Reynolds Industries Inc. contro Commissione*, cause riunite 142 e 156/84, ECLI:EU:C:1987:490, punto 30. Nella specie, le società British American Tobacco Company Ltd e Reynolds Industries Incorporated avevano denunciato alla Commissione europea una concentrazione avente ad oggetto la vendita, da parte di Rembrandt Group Ltd a Philip Morris Incorporated, della metà del capitale sociale di un grande produttore di sigarette sul mercato europeo, controllato dal Rembrandt Group. A di un'istruttoria svolta ai sensi degli artt. [101 e 102 TFUE], la Commissione aveva ottenuto la stipulazione di nuovi accordi che prevedevano l'abbandono di diversi vincoli di cooperazione tra le due società (ivi inclusa la significativa riduzione della partecipazione di Philip Morris) e, di conseguenza, aveva

cristallina, fu affermativa: i giudici di Lussemburgo, infatti, affermarono che un accordo di natura concentrativa tra due attori economici indipendenti potesse rappresentare una restrizione vietata ai sensi dell'art. [101 TFUE]. Nello specifico, la Corte di giustizia non sdoganò l'impiego di tale norme quale parametro valutativo di qualsiasi concentrazione (come invece era stato fatto in occasione del caso *Continental Can*), bensì in alcune ipotesi, espressamente indicate⁸⁶, nelle quali la concentrazione potesse avere «un mezzo idoneo per influire sul comportamento commerciale delle imprese in questione, in modo da restringere o da alterare il gioco della concorrenza sul mercato sul quale dette due imprese svolgono le loro attività commerciali»⁸⁷.

Larga parte dei commentatori ritiene, oggi, che la funzione della sentenza *Philip Morris* sia stata essenzialmente strumentale all'adozione del primo regolamento sulle concentrazioni⁸⁸, sebbene non manchi chi ha ne ha sottolineato un rilievo anche al di fuori della circostanza storica in cui fu

respinto le denunce di BAT e Reynolds. Nondimeno, tali società, ritenendo che l'operazione continuasse a configurare un'intesa vietata dal diritto dell'UE, avevano impugnato la decisione della Commissione dinanzi alla Corte di giustizia, chiedendone l'annullamento.

⁸⁶ I casi, non del tutto omogenei, in cui la Corte ha affermato l'applicabilità dell'art. [101 TFUE] alle concentrazioni sono quelli in cui: (i) mediante l'acquisto della partecipazione o mediante clausole accessorie dell'accordo, l'impresa che investe ottiene il «controllo di diritto o di fatto del comportamento commerciale dell'altra impresa»; (ii) l'operazione contempra la «collaborazione commerciale» fra le imprese; (iii) l'operazione determini la creazione di «strutture» atte ad agevolare tale collaborazione; o, infine, (iv) l'accordo «riservi all'impresa che investe la possibilità di rafforzare, in un secondo tempo, la propria posizione prendendo il controllo effettivo dell'altra impresa».

⁸⁷ Corte giust., *Philip Morris*, cit., punti 37 ss.

⁸⁸ Ad esempio, A. PAPPALARDO, *Il diritto della concorrenza*, cit., nt. 41, ritiene «plausibile, in considerazione delle persistenti difficoltà che l'esame della proposta di Regolamento continuava ad incontrare, che la Corte avesse inteso rafforzare l'arsenale a disposizione della Commissione, aggiungendo all'art. 102 (applicabile, in linea di principio, in virtù della dottrina *Continental Can*, ma a condizioni difficilmente realizzabili in pratica), il ricorso allo strumento assai più maneggevole dell'art. 101». Anche I. LIANOS, *The Future of Competition Policy in Europe: some reflections on the interaction between industrial policy and competition law*, in *UCL Centre for Law, Economics and Society, Policy Paper Series*, n. 1, 2019, p. 10, osserva che tale pronuncia contribuì a fornire «further impetus for the adoption of an EU merger control system».

adottata, osservando anzi come essa possa divenire un efficace strumento di intervento per intervenire in relazione a fattispecie difficilmente scrutinabili in sede di controllo delle concentrazioni, come «quegli incroci di partecipazioni azionarie circolari, rigorosamente di minoranza, che caratterizzano il panorama societario in svariati paesi europei»⁸⁹. Certo è che, preso atto del rischio dell'aumento di casi di concentrazione decisi ai sensi degli artt. [101 e 102 TFUE]⁹⁰, oltre che della crescente incertezza giuridica in merito al regime applicabile, dalle conseguenze anche pratiche molto rilevanti (specialmente se si considera il regime di notifica preventiva delle intese fissato dal regolamento (CEE) 17/1962), il Consiglio invitò la Commissione a presentare una nuova –

⁸⁹ G. ROSSI, *Governo, magistratura, Autorità Garante*, cit., secondo cui tali incroci sono «non di rado collegati a un comune denominatore, di solito rappresentato da un istituto finanziario; incroci, sovente, personificati dalla ricorrenza dei medesimi personaggi nei consigli di amministrazione delle società in varia misura partecipate». È interessante notare, in proposito, che la questione dell'applicabilità delle norme sulle intese ai casi di concentrazione non si sia mai definitivamente sopito, specialmente in giurisdizioni extra-europee dove i sistemi di *merger control* sono meno sviluppati o meno efficaci rispetto a quelli volti alla repressione di intese restrittive della concorrenza. È emblematico, in tal senso, il caso che, in Egitto, ha visto nel 2018 coinvolte la piattaforma statunitense Uber e Careem, avente invece sede negli Emirati Arabi Uniti (ma attiva come *leader* nel mercato del *ride-sharing* in numerose città del Nord Africa e Medio Oriente). In tal caso, in assenza di previsioni nazionali che imponessero alle parti di porre in essere transazioni prima dell'ottenimento della *clearance* da parte dell'autorità antitrust locale e preso atto del rischio che l'operazione – riguardando operatori entrambi stranieri – non le venisse notificata, ha avviato *motu proprio* un'istruttoria nei confronti delle due piattaforme qualificando la prospettata operazione come un accordo anticoncorrenziale tra concorrenti diretti e minacciando, di conseguenza, sanzioni significativamente più alte rispetto a quelle eventualmente irrogabili per la violazione dell'obbligo di notifica. L'apertura dell'istruttoria sembra aver avuto l'effetto desiderato, avendo spinto le parti a comunicare la concentrazione all'autorità nazionale, successivamente chiusa con l'adozione di misure cautelari nei confronti delle due piattaforme (è riportato in *Concurrences, The Egyptian competition authority imposes interim measures on the two ride-hailing applications available in Egypt to preserve the competitive structure of the market*, 24 ottobre 2018),

⁹⁰ Oltre al caso *Philip Morris*, merita di essere notato che, nel 1988, la Commissione aveva forzato, sulla base dell'art. [102 TFUE], British Airways a cedere parte di alcune tratte aeree che aveva acquisito da British Caledonia con un'operazione autorizzata dall'autorità antitrust inglese. Si veda il relativo comunicato stampa della Commissione, *European Commission announces major new undertakings by British Airways on its merger with British Caledonian aims at safeguarding airline competition*, IP/88/131, 9 marzo 1988.

quinta – proposta di regolamento, che venne presentata nel marzo del 1988⁹¹, mentre una versione leggermente modificata venne riproposta nell’ottobre dello stesso anno⁹².

Finalmente, il 21 dicembre 1989, dopo un anno di lavori, il Consiglio trovò un accordo sul testo proposto, che venne adottato all’unanimità come regolamento (CEE) 4064/1989⁹³.

1.5. I limiti del test di dominanza. Verso il regolamento (CE) 139/2004

L’adozione del regolamento (CEE) 4064/1989 segna inevitabilmente un momento chiave nella formazione della prassi della Commissione in materia di concentrazioni. Non dovendosi più muovere negli angusti spazi interpretativi lasciati da interpretazioni estensive degli artt. [101 e 102 TFUE], la Commissione poteva ora fare affidamento, grazie anche all’utilizzo della clausola di flessibilità di cui all’art. 235 TCEE⁹⁴, su uno strumento adeguato per assicurare un controllo delle concentrazioni transfrontaliere. Una volta entrato in vigore, nel 1990, la Commissione ha dato così avvio alla propria attività di *enforcement*. Nei primi cinque anni di vigenza del regolamento, delle circa 350 operazioni notificate alla Commissione, questa ha vietato il perfezionamento di quattro

⁹¹ Proposta modificata di regolamento (CEE) del Consiglio sul controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, COM(88) 97 (G.U.C.E. C 130 del 19 maggio 1988)

⁹² Proposta modificata di regolamento (CEE) del Consiglio sul controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, COM(88) 734 (G.U.C.E. C 22 del 28 gennaio 1989).

⁹³ Sul regolamento, cfr. A. PAPPALARDO, *Il Regolamento CEE sul Controllo delle Concentrazioni tra Imprese*, in *Il Foro Italiano*, 113, 1990 e, dello stesso Autore, *Il Progetto di regolamento CEE sul controllo delle concentrazioni*, in *Rivista del commercio internazionale*, 1989, pp. 229 ss.; P. DE SMEDT, *The EC Merger Control Regulation*, in *Hastings International and Comparative Law Review*, 13, 3, 1990; E. SCHWARTZ, *Politics as Usual*, cit., pp. 653-661.

⁹⁴ Specificamente sull’impiego della clausola di flessibilità, cfr. J.S. VENIT, *The “Merger” Control Regulation: Europe Comes of Age...or Caliban’s Dinner*, in *CMLR*, vol. 27, n. 1, 1990, secondo cui qualsiasi modifica della disciplina sul controllo delle concentrazioni avrebbe dovuto essere approvata con voto unanime in Consiglio.

operazioni, mentre ventiquattro concentrazioni sono state sostanzialmente modificate per tener conto delle preoccupazioni manifestate dalla Commissione sotto il profilo concorrenziale.

Nel 1996, nell'ambito di un libro verde sulla revisione del regolamento (CEE) 4064/1989⁹⁵ la Commissione, da un lato, descriveva tale prima fase di applicazione della disciplina come «un successo», caratterizzato da rapidità, efficienza e trasparenza, pur osservando, dall'altro, la necessità di rivedere il livello delle soglie di fatturato al di là delle quali le operazioni di concentrazione dovevano essere notificate alla Commissione, ritenute troppo elevate, con la conseguenza che un considerevole numero di concentrazioni atte a incidere sulla struttura dei mercati in più di uno Stato membro non venivano “catturate” e portate all'attenzione della Commissione medesima. In secondo luogo, proposte di riforma interessavano il riparto di competenze tra la Commissione e gli Stati membri, resosi particolarmente delicato a causa della progressiva introduzione di sistemi nazionali di controllo delle concentrazioni in tredici diversi ordinamenti nazionali dell'UE (ivi inclusa l'Italia, dove la legge 287/1990 aveva previsto, all'art. 16, un obbligo di notifica preventiva delle operazioni di concentrazione), con la contestuale esigenza di ridurre il più possibile gli oneri per le imprese coinvolte in operazioni aventi effetti in più ordinamenti, oltre che l'incertezza giuridica derivante dalla diversità di regole e dalla possibilità di decisioni contrastanti⁹⁶. Alcune di queste proposte furono in effetti approvate dal Consiglio con il regolamento (CE) 1310/1997⁹⁷, entrato in vigore nel marzo

⁹⁵ Libro verde della Commissione europea, Controllo comunitario delle operazioni di concentrazione, COM(96)19, 1° febbraio 1996. La Commissione si era in precedenza impegnata nei confronti del Consiglio all'adozione di tale libro verde, in occasione di una prima valutazione sul regolamento effettuata nel 1993.

⁹⁶ A ciò si aggiungeva, infine, la necessità di «rimediare ad alcune imperfezioni del regolamento e per venire incontro alle critiche espresse sul suo funzionamento fino ad oggi», quali un più efficace trattamento delle imprese comuni, la semplificazione del metodo di calcolo del fatturato per gli istituti di credito e gli istituti finanziari e la ripartizione geografica di tale fatturato.

⁹⁷ Regolamento (CE) n. 1310/1997 del Consiglio del 30 giugno 1997 che modifica

del 1998.

Un secondo libro verde, pubblicato nel 2001⁹⁸, aprì una fase di negoziati e discussioni, non solo interne al Consiglio ma anche all'interno della "comunità antitrust" che si era nel frattempo formata nell'Unione, in merito all'opportunità di una riforma della normativa previgente «in un contesto politico ed economico in evoluzione, in Europa così come nel resto del mondo» e al fine di «assicurare un controllo efficace, efficiente, equo e trasparente delle operazioni di concentrazione al livello più adeguato, in conformità con il principio di sussidiarietà». In primo luogo, si rilevava il permanere – e, con il progressivo allargamento della CEE (che nel frattempo divenuta Comunità europea), il possibile aggravarsi – di problemi di coordinamento in caso di notifiche multiple alla Commissione e ad autorità garanti nazionali, con il rischio che casi di interesse "comunitario" restassero ancora soggetti a notificazione e ad esame in più giurisdizioni. Sempre in materia di giurisdizione, erano proposte modifiche alle norme sui rinvii di cui agli artt. 9 e 22 del regolamento, nel senso di una generale semplificazione dei criteri per la presentazione di una richiesta di rinvio, ad esempio scindendo la richiesta di rinvio dalla prova che l'operazione minaccia di creare o rafforzare una

il regolamento (CEE) n. 4064/1989 relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (G.U.U.E. L 180 del 9 luglio 1997). I principali aspetti di tali riforma riguardarono, infatti: (i) la revisione delle soglie di fatturato, mediante l'introduzione di un secondo *set* di soglie di fatturato al fine di ampliare il campo d'applicazione del regolamento sulle concentrazioni rispetto alla fase precedente; (ii) la modifica della disciplina dei rinvii tra la Commissione e gli Stati membri già delineata nel precedente regolamento, la relativa modifica del procedimento di rinvio delle concentrazioni tra Commissione e Stati membri, peraltro già previsto anche dal regolamento precedente; e (iii) l'abrogazione della previsione che escludeva la costituzione di imprese comuni dal novero di operazioni scrutinabili da parte della Commissione in applicazione del regolamento (CEE) 4064/1989.

⁹⁸ Libro verde della Commissione europea sulla revisione del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio, COM(2001) 745, 11 dicembre 2001. Oltre al libro verde, nel 2002 la Commissione pubblicò altresì un progetto di linee guida sulla valutazione delle concentrazioni poste in essere tra società attive nei medesimi mercati (c.d. concentrazioni orizzontali).

posizione dominante e/o eliminando la necessità di stabilire che il mercato in oggetto non costituisce una parte “sostanziale” del mercato comune. Secondo la proposta della Commissione, questa avrebbe poi dovuto potere, «di sua iniziativa, rinviare agli Stati membri i casi che soddisfano i criteri stabiliti». La suggestione più rilevante consisteva tuttavia nella possibilità, paventata dalla Commissione, di superare il “test di dominanza” che il regolamento (CEE) 4064/1989 aveva adottato come criterio di valutazione sostanziale delle concentrazioni sottoposte alla sua attenzione, prediligendo a questo un parametro meno incentrato sulla nozione di dominanza, come il criterio della diminuzione sostanziale della concorrenza, o *substantial lessening of competition* (nel prosieguo, “test SLC”), rispetto al quale nel corso degli anni Novanta era stata registrata una considerevole convergenza internazionale⁹⁹. Questioni procedurali riguardavano, invece, l’introduzione di una procedura semplificata per le operazioni «che non determinano effetti negativi sotto il profilo della concorrenza» (in un’ottica di concentrazione delle risorse disponibili sui casi di alto profilo), modifiche alle modalità con cui le società coinvolte in istruttorie potessero presentare impegni, l’inoltro elettronico delle notifiche, l’inoltro diretto di copie della notifica agli Stati membri da parte delle stesse parti notificanti, nonché una riflessione sulle procedure di attuazione alla luce della proposta di “modernizzazione” relativa all’applicazione del regolamento (CEE) 17/1962.

Ancora una volta, tuttavia, il processo di riforma fu accelerato per effetto di alcune pronunce della Corte di giustizia che, adottate proprio in costanza dei negoziati politici sulle suggestioni di riforma avanzate dalla Commissione,

⁹⁹ In proposito, la Commissione osservava di non aver rilevato considerevoli lacune nell’efficacia del test di dominanza, tuttavia riteneva utile avviare un ampio dibattito volto ad appurare l’efficacia del criterio della posizione dominante rispetto al criterio SLC, pur riconoscendo l’impossibilità di giungere a conclusioni definitive nell’arco di tempo disponibile per l’esercizio di revisione.

vengono tradizionalmente ricondotte all'inadeguatezza dello *standard* di legge vigente per valutare le concentrazioni¹⁰⁰ e costituirono una vera e propria battuta d'arresto all'attività di *enforcement* della Commissione, mettendone in luce i limiti e rendendo ancora più urgente il processo di riforma già avviato.

Le sentenze in questione sono state pronunciate dal Tribunale dell'UE, a poca distanza l'una dall'altra, nei casi *Airtours*¹⁰¹, *Schneider*¹⁰² e *Tetra Laval*¹⁰³, dopo che per molto tempo l'attività della Commissione in ambito di controllo delle concentrazioni aveva passato sostanzialmente indenne lo scrutinio giurisdizionale.

Pur in presenza di alcune differenze anche significative tra di loro, il *fil rouge* che accomuna tali casi è la censura svolta dal giudice dell'Unione alla Commissione europea sull'insufficienza dell'esame svolto alla luce del test di dominanza previsto nel regolamento (CEE) 4064/1989. Ad esempio, il caso *Airtours* riguardava a un'operazione di acquisizione tra due società concorrenti, che secondo la Commissione avrebbe determinato la creazione di una posizione

¹⁰⁰ P. SABBATINI, *Concentrazioni. Le tre sconfitte della Commissione*, in *MCR*, 1, 2003, che già nel 2003 osservava che «le tre sconfitte dinanzi al Tribunale potrebbero alla lunga rivelarsi benefiche perché giunte proprio nell'imminenza di un'ampia riforma della regolamentazione comunitaria sul controllo antitrust delle concentrazioni». Tra gli altri, si vedano M. MOTTA, *E.C. merger policy and the Airtours Case*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, vol. 21, n. 4, 2000, pp. 199-207; I. KOKKORIS, *The reform of the European Control Merger Regulation in the aftermath of the Airtours case. The eagerly expected debate: SLC v. Dominance Test*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, vol. 26, 2005, pp. 37-47; E.A. RAFFAELLI, *European Union competition policy subsequent to the Airtours case*, in *International antitrust law & policy*, 2003, pp. 129-143; A.C. WITT, *From Airtours to Ryanair: is the more economic approach to EU merger law really about more economics?*, in *CMLR*, vol. 49, n. 1, 2012, pp. 217-246; J.T. LANG, *Two Important Merger Regulation Judgments: The Implications of Schneider-Legrand and Tetra Laval-Sidel*, in *ELR*, vol. 28, n. 2, 2003, pp. 259-272; A.C. WITT, *From Airtours to Ryanair: is the more economic approach to EU merger law really about more economics?*, in *CMLR*, vol. 49, 2012 217-246; A. NUCARA, *Schneider/Legrand and Tetra Laval/Sidel: fast track towards merger reform?*, in *European Business Law Review*, vol. 14, n. 2, 2001, pp. 193-200.

¹⁰¹ Sentenza del Tribunale del 6 giugno 2002, causa T-342/99, *Airtours c. Commissione*, ECLI:EU:T:2002:146.

¹⁰² Sentenza del Tribunale del 22 ottobre 2002, causa T-310/01, *Schneider Electric SA c. Commissione*, ECLI:EU:T:2002:254.

¹⁰³ Sentenza del Tribunale del 25 ottobre 2002, causa T-5/02, *Tetra Laval BV c. Commissione*, ECLI:EU:T:2002:264.

dominante collettiva nel mercato britannico dei pacchetti vacanza all'estero con destinazioni a corto raggio. Nella propria sentenza, il Tribunale – pur confermando la possibilità di vietare una concentrazione per il rischio che questa determini la creazione di una posizione dominante collettiva¹⁰⁴ – ha affermato che la discrezionalità della Commissione non potesse estendersi al punto rinnegare la necessità di svolgere un'analisi di tipo prospettico che richiedesse un'attenta valutazione degli effetti e la ricognizione di «elementi di prova particolarmente solidi». Nel caso di specie, in particolare, la decisione con cui era stata vietata la concentrazione era «viziata da un insieme di errori di valutazione che riguardano elementi importanti per la valutazione dell'eventuale creazione di una posizione dominante collettiva»¹⁰⁵.

Altra “bocciatura” era avvenuta, come detto, nel caso *Schneider*, relativo invece a una concentrazione che, secondo la Commissione, avrebbe determinato un rafforzamento della posizione dominante detenuta dalla parte

¹⁰⁴ Invero, tale possibilità era stata già sostenuta in precedenza nella sentenza del 25 marzo 1999, causa T-102/96, *Gencor c. Commissione*, ECLI:EU:T:1999:65. La sentenza *Airtours*, nondimeno, si contraddistingue per una grande chiarezza nell'indicazione dei connotati essenziali della posizione dominante collettiva, che costituiscono tuttora il parametro di riferimento obbligato di ogni argomentazione volta a dimostrare l'esistenza di una posizione dominante collettiva, o di effetti oligopolistici coordinati. In particolare, i c.d. criteri *Airtours* sono i seguenti: (i) ciascun membro dell'oligopolio dominante deve poter conoscere il comportamento degli altri membri; (ii) deve esistere un incentivo a non scostarsi dalla linea di condotta comune nel mercato; (iii) i risultati attesi dalla comune linea d'azione non devono essere influenzati dalla reazione prevedibile dei concorrenti, effettivi e potenziali, o dei consumatori. Cfr., tra gli altri, H.M. LESGUILLONS, *L'après Airtours*, in *Revue de droit des affaires internationales*, n. 5, 2002, pp. 477-510; S. BAXTER, F. DETHMERS, *Collective dominance under EC merger control: after airtours and the introduction of unilateral effects is there still a future for collective dominance?*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, vol. 27, n. 3, 2006, pp. 148-160; M. GRILLO, L. MAGNANI, *Valutazione antitrust delle concentrazioni in mercati oligopolistici*, in *MCR*, fasc. 1, 2004; A. COSCELLI, A. LOFARO, *Dominanza collettiva e fusioni alla prova di San Tommaso*, in *MCR*, fasc. 1, 2001, pp. 193-210; G.C. RIZZA, *La posizione dominante collettiva nella giurisprudenza comunitaria*, in *Conc. Merc.*, vol. 8, 2000.

¹⁰⁵ La Commissione non era stata in grado di dimostrare la c.d. seconda condizione *Airtours*, ovverosia che il passaggio da quattro a tre grandi *tour operator* nel mercato britannico avrebbe comportato un incremento delle possibilità, per ciascuno dei tre attori, di prevedere in tempo utile le intenzioni rispettive di ognuno degli altri due e di interpretare i loro comportamenti devianti come tali.

acquirente, pur in assenza di significative sovrapposizioni tra le due società al di fuori del mercato francese. La Commissione era giunta a tale conclusione sulla base della valutazione di una sorta di *portfolio effect*¹⁰⁶: l'ampiezza della gamma di prodotti venduti dall'acquirente e la tipologia di quelli venduti dalla *target* avrebbero fatto beneficiare all'entità risultante dalla concentrazione di una doppia posizione di generalista e di specialista che nessun altro concorrente sarebbe stata in grado di imitare. Anche in questo caso, il Tribunale ha criticato fortemente l'approccio seguito dalla Commissione, tanto nella definizione dei mercati rilevanti, quanto nella solidità economica dell'analisi sostanziale, osservando come un esame «assai generale»¹⁰⁷, così come le variazioni del grado di concentrazione individuate dalla Commissione, non fossero sufficienti per poter sostenere utilmente le conclusioni contenute nella decisione. La sentenza *Schneider* aveva messo in luce le difficoltà nell'analisi sostanziale di concentrazioni conglomerali e i limiti all'utilizzo di strumenti (quali la teoria del *portfolio effect*) che finivano per costituire importanti limiti al potere valutativo della Commissione¹⁰⁸.

L'ultimo tassello della «triplice bocciatura subita dalla Commissione»¹⁰⁹ è dato dal caso *Tetra Laval II*. In tale caso, vista la posizione di grande rilievo detenuta delle due imprese in mercati tra loro contigui il tema centrale analizzato dalla Commissione riguardava profili «conglomerali»¹¹⁰. In

¹⁰⁶ Sulla nozione di «effetto di portafoglio», specialmente nell'ambito delle operazioni di concentrazione di natura conglomerale, cfr. OCSE, *Roundtable on portfolio effects in conglomerate mergers*, 2001, DAF/CLP, 2001.

¹⁰⁷ Trib., T-310/01, *Schneider Electric*, cit., punto 197.

¹⁰⁸ Cfr. P. SABBATINI, *Concentrazioni*, cit., spec. p. 164, il quale commentava tale pronuncia auspicando l'adozione di un paradigma valutativo come il test SIEC (*Substantial Impediment to Effective Competition*), in uso quale presso l'ordinamento statunitense e meno dipendente da una specifica definizione del mercato, anche al fine di «tener conto della dimensione globale della concorrenza».

¹⁰⁹ J. FINGLETON, D. NOLAN, *Mind the gap. La riforma del regolamento comunitario*, in MCR, fasc. 2, 2003.

¹¹⁰ Rispettivamente, la produzione di contenitori in cartone per bevande e la produzione di bottiglie in PET, anch'esse utilizzabili per imbottigliare bevande,

proposito, merita di essere ricordato che le concentrazioni conglomerali sono quelle poste in essere tra soggetti che hanno tra loro una relazione che non è né orizzontale (*i.e.*, concorrenti operanti sullo stesso mercato rilevante) né verticale (*i.e.*, fornitori o clienti) ma che operano su mercati strettamente collegati¹¹¹. È il caso, ad esempio, di operazioni tra fornitori di prodotti complementari o prodotti che, seppur non sostituibili, appartengono alla stessa gamma di prodotto in quanto vengono generalmente acquistati dalla stessa categoria di clienti per il medesimo utilizzo finale. Sebbene tali concentrazioni siano ritenute solitamente meno problematiche ai fini concorrenziali rispetto a quelle orizzontali o verticali, in talune occasioni la Commissione ha riscontrato che concentrazioni di portata conglomerale fossero idonee a determinare effetti coordinati o non coordinati di tipo preclusivo. Nel caso di specie, in particolare, la Commissione aveva individuato preoccupazioni di natura orizzontale e di possibili “effetti leva”¹¹² tra i diversi mercati interessati dall’operazione, la quale avrebbe, da un lato, esteso la posizione dominante di Tetra Laval al settore del PET e, dall’altro, rafforzato la posizione dominante della medesima nel mercato dei contenitori di cartone. Con la propria pronuncia, tuttavia, il Tribunale, esercitando un penetrante controllo giurisdizionale sulla discrezionalità che sarebbe stato confermato in sede di impugnazione dalla Corte di giustizia¹¹³,

ovverosia due prodotti tra loro non strettamente sostituibili ma posti in un particolare rapporto che poteva essere descritto in termini di complementarità.

¹¹¹ Orientamenti della Commissione europea relativi alla valutazione delle concentrazioni non orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (G.U.U.E. C 265 del 18 ottobre 2008), spec. §§ 91 ss.

¹¹² Con “effetto leva”, o “*leveraging*”, si intende generalmente la possibilità di un operatore di sfruttare la propria posizione grado di aumentare le vendite di un prodotto su un dato mercato, grazie alla forte posizione di cui il medesimo soggetto gode su un mercato del prodotto, solitamente contiguo, al quale il primo prodotto è vincolato o abbinato. Questa pratica assume un rilievo anche ai sensi dell’art. 102 TFUE. Sul *leveraging* nella disciplina del controllo delle concentrazioni, si rinvia alla ricostruzione di S.B. VOLCKER, *Leveraging as a theory of competitive harm in EU merger control*, in *CMLR*, vol. 40, 3, 2003, pp. 581 ss.

¹¹³ Sull’importanza di tale pronuncia nel definire l’estensione e la portata del

annullava la decisione della Commissione ritenendo, in sostanza, che questa avesse l'avesse fondata sulla base di analisi contraddittorie e spesso inconcludenti, soprattutto in relazione all'impiego della teoria dell'effetto leva e del test di dominanza, non essendo stata in grado la Commissione di dimostrare «che si realizzerebbe una qualsivoglia posizione dominante su uno dei vari mercati» interessati dall'operazione e, pertanto, «che la concentrazione modificata comporterebbe significativi effetti di conglomerato anticoncorrenziali»¹¹⁴. Ciò che il Tribunale non dice è che la prova di significativi effetti negativi derivanti da concentrazioni conglomerali risultava sostanzialmente *diabolica*, applicando il test di dominanza previsto dal regolamento (CEE) 4064/1989, mentre un'analisi fondata su un parametro valutativo svincolato dalla necessità di provare la dominanza avrebbe potuto portare ad esiti diversi¹¹⁵.

Sebbene la scansione temporale degli eventi mostri che il processo di revisione del regolamento (CEE) 4064/198 era frutto di una riflessione avviata ben prima dell'adozione delle pronunce *Airtours*, *Tetra Laval II* e *Schneider*, è evidente che queste giocarono un ruolo fondamentale nella direzione

controllo giurisdizionale svolto dalla Corte di giustizia rispetto alle decisioni della Commissione in materia di controllo delle concentrazioni, cfr. M. NICHOLSON, S. CARDELL, B. MCKENNA, *The Scope of Review of Merger Decisions under Community Law*, in *Eur. Comp. J*, vol. 1, 1, 2005, pp. 123 ss., nonché M. BAY, J. JAVIER RUIZ CALZADO, *Tetra Laval II: the Coming of Age of the Judicial Review of Merger Decisions*, in *World Competition*, vol. 28, 4, 2005. Sono significative, in tal senso, le conclusioni rese nel medesimo caso dall'avvocato generale Tizzano, il 25 maggio 2004, causa C-12/03 P, *Commissione / Tetra Laval BV*, ECLI:EU:C:2004:318, spec. punto 87: «il fatto che la Commissione disponga di un ampio potere discrezionale nel valutare la compatibilità o meno di una concentrazione con il mercato comune non vuol certo dire che essa non debba comunque fondare il suo convincimento sulla base di solidi elementi raccolti nel corso di un'approfondita e scrupolosa istruttoria e che non sia tenuta a motivare compiutamente la sua decisione, facendo trasparire i diversi passaggi logici che la sorreggono».

¹¹⁴ Trib., *Tetra Laval II*, cit., punto 336.

¹¹⁵ Come ricorda A. NUCARA, *Schneider/Legrand and Tetra Laval/Sidel*, cit., p. 196, il lascito principale della sentenza *Tetra Laval II* è il fatto che «il danno competitivo derivante dalle fusioni conglomerali è intrinsecamente più difficile da prevedere che in qualsiasi fusione orizzontale convenzionale; quindi sono necessari un ragionamento economico convincente e un'attenta analisi fattuale se la fusione deve essere vietata».

dell'adozione di una riforma per certi versi radicale come quella che sarebbe stata approvata nel 2004¹¹⁶.

L'impatto delle sentenze ebbe un importante riflesso, come prevedibile, sul dibattito in merito all'opportunità di mantenere in vita il test di dominanza. Infatti, al di là delle singole criticità dei casi oggetto delle sentenze del Tribunale, le pronunce della Corte non sembravano lasciare molto margine interpretativo alla Commissione in situazioni in cui i rischi per la concorrenza non derivassero dalla costituzione o dal rafforzamento di una posizione dominante; perlomeno, non abbastanza da consentire al criterio della dominanza di sopravvivere senza che la Commissione si trovasse a scegliere tra, da un lato, l'autorizzazione di concentrazioni ritenute lesive della concorrenza e, dall'altro, l'imposizione di un divieto esposto a forte rischio di annullamento in sede di impugnazione, stante l'elevato *benchmark* probatorio imposto dalla Corte. Adottando un criterio meno ancorato alla dominanza, invece, la Commissione sarebbe stata in grado di affrontare più appropriatamente tanto ipotesi di effetti unilaterali riconducibili ad oligopoli concentrati di prodotti omogenei (come nel caso *Airtours*) o, nell'ambito di operazioni conglomerali, a prodotti che presentano significative relazioni di sostituibilità che non possono essere gestite facilmente tramite la definizione del mercato rilevante (come in *Tetra Laval II*).

Il 20 gennaio 2004 venne così approvato il regolamento (CE) 139/2004 (nel prosieguo, anche "regolamento sulle concentrazioni"), che tutt'ora

¹¹⁶ Nelle parole di Mario Monti, che allora era a capo della direzione DG-COMP, «*in a certain time, with more hindsight, we will say that these judgements, no matter how painful, came at a right moment. Indeed, there are no doubt lessons to be drawn from the judgements: in particular, it is clear that the CFI is now holding us to a very high standard of proof, and this has clear implications for the way in which we conduct our investigations and draft our decisions. We have taken very seriously into account the shortcomings in our process highlighted in the judgements by strengthening our reforms even further*» (M. MONTI, *Merger control in the European Union: a radical reform*, relazione alla *European Commission/IBA Conference on EU Merger Control*, Bruxelles, 7 novembre 2002).

costituisce la base giuridica dell'applicazione del diritto antitrust alle concentrazioni tra imprese nel mercato interno dell'UE. Come il suo antecedente, regolamento (CE) 139/2004 è affiancato da un regolamento di esecuzione, adottato nello stesso anno¹¹⁷, oltre che da numerosi atti di *soft law* che la Commissione europea ha adottato allo scopo di fornire un supporto nell'applicazione dei principi di diritto derivato in materia di controllo delle concentrazioni¹¹⁸. Tra queste spicca, in particolare, la comunicazione consolidata sui criteri di competenza giurisdizionale¹¹⁹, che fornisce, recependo la prassi applicativa della Commissione e della Corte di giustizia¹²⁰, le indicazioni necessarie a valutare la sussistenza, in ciascun caso, delle condizioni previste dalla normativa europea perché sia instaurata la competenza della Commissione. Sono altresì di grande rilievo altre comunicazioni e linee guida, successivamente adottate dalla Commissione, tra cui: (i) la comunicazione sulla procedura semplificata per l'esame di determinate concentrazioni che non suscitano gravi perplessità sotto il profilo della concorrenza¹²¹; (ii) la

¹¹⁷ Regolamento (CE) n. 802/2004 di esecuzione del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (G.U.U.E. L 336/1 del 14 dicembre 2013).

¹¹⁸ Sull'impiego di atti giuridici non vincolanti nella materia antitrust, cfr., ad esempio O. STEFAN, M. AVBELIJ, M. ELIANTONIO, M. HARTLAPP, E. KORKEA-AHO, N. RUBIO, *EU Soft Law in the EU Legal Order: A Literature Review*, SoLaR Working Paper, 2018; nonché, per un'indagine empirica sull'impatto del *soft law* sulla prassi giurisprudenziale nazionale, J. ALBERTI, F. CROCI, *L'impatto del soft law dell'Unione europea nei giudizi interni: un'analisi sul campo*, in *DUE*, vol. 2, 2020.

¹¹⁹ Comunicazione consolidata della Commissione europea sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (G.U.U.E. C 95 del 16 aprile 2008) (nel prosieguo, anche "comunicazione consolidata").

¹²⁰ La comunicazione è definita "consolidata" in quanto recepisce, aggiorna e sostituisce le precedenti comunicazioni della Commissione europea sulla nozione di concentrazione (G.U.C.E. C 66 del 2 marzo 1998), la comunicazione relativa alla nozione di imprese comuni che esercitano tutte le funzioni di una entità economica autonoma (G.U.C.E. C 66 del 2 marzo 1998), la comunicazione sulla nozione di imprese interessate (G.U.C.E. C 66 del 2.3.1998) e la comunicazione sul calcolo del fatturato (G.U.U.E. 56 del 5 marzo 2005).

¹²¹ Comunicazione della Commissione concernente una procedura semplificata per l'esame di determinate concentrazioni a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del

comunicazione in merito alle misure rimediali che la Commissione può imporre alle imprese interessate per rimuovere eventuali riserve sotto il profilo concorrenziale¹²²; (iii) la comunicazione sulle restrizioni accessorie¹²³; (iv) gli orientamenti sulla valutazione delle concentrazioni orizzontali¹²⁴ e (v) non orizzontali¹²⁵; (vi) le linee guida sui rinvii¹²⁶; (vii) la comunicazione sull'accesso al fascicolo istruttorio¹²⁷.

A queste si aggiungono, infine, alcune note esplicative pubblicate come *best practices* dalla DG Concorrenza, in merito ad aspetti quali le modalità di abbandono delle concentrazioni¹²⁸, la predisposizione di versioni non confidenziali delle decisioni adottate dalla Commissione¹²⁹, la condivisione di informazioni tramite *data room*¹³⁰, la comunicazione di evidenze economiche¹³¹,

Consiglio (G.U.U.E. C 366 del 14 dicembre 2013).

¹²² Comunicazione della Commissione concernente le misure correttive considerate adeguate a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio e del regolamento (CE) n. 802/2004 della Commissione (G.U.U.E. C 267 del 22 ottobre 2008).

¹²³ Comunicazione della Commissione sulle restrizioni direttamente connesse e necessarie alle concentrazioni (G.U.U.E. C 56 del 5 marzo 2005).

¹²⁴ Orientamenti della Commissione relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (G.U.U.E. C 31 del 5 febbraio 2004).

¹²⁵ Orientamenti della Commissione relativi alla valutazione delle concentrazioni non orizzontali, cit.

¹²⁶ Comunicazione della Commissione sul rinvio in materia di concentrazioni (G.U.U.E. C 56 del 5 marzo 2005).

¹²⁷ Comunicazione della Commissione riguardante le regole per l'accesso al fascicolo istruttorio della Commissione nei casi relativi all'applicazione degli articoli 81 e 82 del TCE, degli articoli 53, 54 e 57 dell'accordo SEE e del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio (G.U.U.E. C 325 del 22 dicembre 2005).

¹²⁸ Commissione, *DG Competition Information note on Art. 6 (1) c 2nd sentence of Regulation 139/2004 (abandonment of concentrations)*.

¹²⁹ Commissione, *Guidance on the preparation of public versions of Commission Decisions adopted under the Merger Regulation*.

¹³⁰ Commissione, *Best practices on the disclosure of information in data rooms in proceedings under Articles 101 and 102 TFEU and under the EU Merger Regulation*.

¹³¹ Documento di lavoro della Commissione del 17 ottobre 2011, *Best practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of Articles 101 and 102 TFEU and in merger cases*, SEC/2011/1216.

la presentazione di impegni di disinvestimento¹³² e la condotta nell'ambito di procedimenti di controllo delle concentrazioni¹³³.

Il regolamento (CE) 139/2004 prevedeva altresì un onere, per la Commissione, di vigilare sull'idoneità e l'applicazione delle soglie di fatturato previste dal regolamento, potendo anche effettuare «presentare proposte» sulle quali il Consiglio avrebbe potuto deliberare a maggioranza qualificata¹³⁴.

2. La disciplina del regolamento (CE) 139/2004: aspetti giurisdizionali

2.1. La competenza esclusiva della Commissione e il principio dello sportello unico

Poiché una trattazione esaustiva della disciplina fissata dal regolamento sulle concentrazioni non sarebbe coerente con il tema e l'economia del presente lavoro, nel prosieguo si procederà alla trattazione di alcuni dei caratteri essenziali della disciplina oggi applicabile¹³⁵. Fatto salvo per la trattazione di talune questioni nel proseguo del presente elaborato (ad esempio, in materia di tutela degli interessi legittimi nazionali, definizione del mercato rilevante e valutazione sostanziale delle concentrazioni), ci si concentrerà, ora, sulla disciplina del riparto di competenze tra l'Unione europea e gli Stati membri nella valutazione delle concentrazioni.

Salvo alcune eccezioni, la disciplina prevista dal regolamento (CE) 139/2004 trova applicazione alle concentrazioni che abbiano una dimensione comunitaria, in quanto tali da determinare modifiche strutturali importanti il

¹³² Commissione, *Best practices on the conduct of EC merger control proceedings*, 20 gennaio 2004.

¹³³ Commissione, *Best Practice Guidelines: The Commission's Model Texts for Divestiture Commitments and the Trustee Mandate under the EC Merger Regulation*, 5 dicembre 2013.

¹³⁴ Cfr. art. 1, §§ 4 e 5, regolamento (CE) 139/2004.

¹³⁵ Per una trattazione esaustiva, su tutti, cfr. N. LEVY, C. COOK, *European merger control law. A guide to the merger regulation*, New York, 2021.

cui effetto sul mercato «si estende oltre le frontiere nazionali del singolo Stato membro»¹³⁶. Nello specifico, l'impostazione adottata dal giudice dell'Unione si struttura secondo un modello, detto di "sportello unico" (o *one-stop shop*), in virtù del quale le operazioni aventi dimensione "comunitaria" siano valutate in via esclusiva dalla Commissione, con conseguente venir meno del potere, quand'anche in misura residuale, degli Stati membri (e delle relative autorità garanti nazionali) di esercitare i propri poteri d'indagine nei confronti delle medesime.

La scelta di delimitare l'ambito di applicazione della controllo svolto dalla Commissione a concentrazioni di taglia europea, oltre a recare evidenti benefici di tipo pratico (evitando un sovraccarico del *workload* della Commissione per effetto della notifica di operazioni che non presentino criticità in relazione al mercato interno), risponde altresì al principio di sussidiarietà, specialmente se si considera che, per tutte le concentrazioni non aventi dimensione "comunitaria", è fatta salva la competenza degli Stati membri e delle rispettive autorità garanti della concorrenza. D'altra parte, il rigetto di un modello di applicazione parallela delle competenze antitrust in ambito di controllo delle concentrazioni a favore dello *one-stop shop* si spiega con la necessità di garantire uno scrutinio unitario rispetto a operazioni che in astratto potrebbero essere oggetto di differenti valutazioni in più giurisdizioni, con un conseguente rischio di decisioni confliggenti dagli effetti particolarmente destabilizzanti per l'attività commerciale e più generale il legittimo affidamento delle imprese¹³⁷.

¹³⁶ Cfr. il considerando n. 8 del regolamento (CE) 139/2004.

¹³⁷ Secondo la comunicazione della Commissione sul rinvio del 2005, cit., § 11, «il trattamento di una concentrazione da parte di un'unica autorità garante della concorrenza accresce normalmente l'efficienza amministrativa, evitando la duplicazione e la frammentazione dell'opera di applicazione della legge e le potenziali incoerenze (per quanto riguarda le indagini, la valutazione e le eventuali misure correttive)».

Quanto all'individuazione delle concentrazioni di taglia "comunitaria", il regolamento (CE) 139/2004 assume un parametro di tipo dimensionale, incentrato sul fatturato realizzato dalle imprese interessate dalla concentrazione (individuate dall'art. 5 della regolamento), al quale sono applicati alcuni correttivi volti a far sì che, anche in presenza di fatturati particolarmente ingenti, l'operazione interessi comunque un numero significativo di Stati membri. A questo riguardo, la normativa europea individua due gruppi di soglie di fatturato che trovano applicazione su base alternativa. Il primo di questi *set* prevede un'operazione debba essere notificata alla Commissione europea allorché: (i) il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate è superiore a €5 miliardi; e (ii) il fatturato totale realizzato individualmente nell'UE da almeno due delle imprese interessate è superiore a €250 milioni. Laddove tali soglie non siano superate, la concentrazione è comunque oggetto di notifica allorché: (i) il fatturato aggregato a livello mondiale delle imprese interessate è superiore a €2,5 miliardi; (ii) in almeno tre Stati membri, il fatturato aggregato delle imprese interessate supera €100; (iii) nei medesimi almeno tre Stati membri il fatturato totale realizzato individualmente da almeno due delle imprese interessate è superiore a €25 milioni di EUR; e (iv) il fatturato totale realizzato individualmente nell'Unione da almeno due delle imprese interessate è superiore a €100 milioni. Questo secondo *set* di soglie – finalizzato a "catturare" concentrazioni di dimensione inferiore (in termini assoluti) rispetto a quelle individuate dal primo *set* ma aventi comunque una rilevanza significativa in più giurisdizioni europee – fu adottato con il regolamento (CE) 1310/1997 e costituì il frutto di un compromesso politico rispetto alla posizione di partenza della Commissione, che avrebbe preferito, in luogo dell'introduzione di un secondo *set* di soglie, la riduzione degli importi previsti nel primo¹³⁸.

¹³⁸ A. JONES, B. SUFRIN, *EU competition law*, cit., p. 1079, il quale riporta

Anche nel caso in cui uno i *set* di soglie di fatturato siano superati, il regolamento (CE) 139/2004 opera un correttivo, in virtù del quale la competenza della Commissione non si incardina nel caso in cui ciascuna delle imprese interessate realizzi oltre i due terzi del suo fatturato totale nella Comunità all'interno di «un solo e medesimo Stato membro»¹³⁹. Rispetto a tale esenzione (anche detta “regola dei due terzi”), sono state nel tempo manifestate talune riserve¹⁴⁰. In questo senso, già nel 2005, a seguito di una controversa vicenda relativa ad alcune concentrazioni nel settore dell’energia in Spagna che erano sfuggite alla sua competenza, la Commissione aveva affermato come tale regola non riflettesse più una ripartizione ottimale delle competenze tra i sistemi nazionali e quello europeo, e che anzi finisse talvolta per costituire in alcuni casi costituisce addirittura «*an obstacle to the consistent treatment of cases*»¹⁴¹. La stessa posizione era stata assunta dalla Commissione nella relazione sul funzionamento del regolamento (CE) 139/2004, predisposta a cinque anni dall’adozione del medesimo, e nella quale la Commissione – pur ritenendo che le soglie di fatturato e i relativi correttivi avessero fornito un adeguato quadro giuridico per regolare il riparto di competenze – stimava che, tra il 2001 e il 2008, solo 126 casi fossero ricaduti nella regola dei due terzi e che, tra queste

l’opposizione a tale proposta da parte di numerosi Stati membri.

¹³⁹ Art. 1, §§ 2 e 3, regolamento (CE) 139/2004.

¹⁴⁰ Cfr. F. GHEZZI, M. BOTTA, *Standard di valutazione, interessi nazionali ed operazioni di concentrazione in Europa e negli Stati membri, tra spinte centrifughe ed effetti di spill-over*, in *Riv. soc.*, vol. 4, 2018; N. LEVY, C. COOK, *European merger control law*, cit., § 6.02[2]; C. RAKOVSKY, M. GODHINO DE MATOS, A. KOPKE, P. OHLANDER, P. SHIELS, *EC Merger Regulation contributes to more efficient merger control in EU*, *Competition Policy Newsletter*, n. 2, 2009. Per un riferimento risalente, si veda l’intervista del 19 maggio 1991 tra Ethan Schwartz e Helmut Schröter, al tempo impiegato presso il *Merger Team* della DG IV, secondo il quale «*giant firms*», dall’operato certamente rilevante dal punto di vista antitrust, «*have more than two-thirds of their European turnover in one member state*» (cfr. E. SCHWARTZ, *Politics as Usual*, cit., p. 657).

¹⁴¹ Cfr. Commissione europea, SEC(2005) 151/1. Similmente, nel libro verde della Commissione del 1996, COM(96) 19, cit., si osservava che «le concentrazioni fra uno o più di tali gruppi della stessa nazionalità non rientrerebbero nel campo di applicazione del regolamento, pur potendo avere notevoli ripercussioni in tutta la Comunità».

concentrazioni, alcune avevano avuto effetti transfrontalieri e sarebbero state autorizzate, pur in presenza di potenziali problemi sotto il profilo della concorrenza, «per motivi di interesse pubblico che esulano dalla politica di concorrenza»¹⁴².

La scelta del legislatore europeo di subordinare la propria competenza al superamento di soglie un semplice test quantitativo, quand'anche temperato dalla regola dei due terzi, ha il pregio di consentire un esame della notificabilità delle operazioni sulla base di un'operazione che è – relativamente – semplice e oggettiva¹⁴³. Ancorandosi su un dato oggettivo quale è il fatturato delle imprese interessate, la normativa europea si pone altresì in linea con le prescrizioni e le *best practice* internazionali. Ad esempio, l'OCSE, sin dal 2005, aveva affermato la necessità che le normative in materia di controllo delle concentrazioni facessero uso di criteri chiari e oggettivi per determinare se e quando una concentrazione deve essere notificata¹⁴⁴. Un principio che è stato ribadito anche più di recente, quando l'OCSE ha osservato che, tra questi, il test più frequente è proprio quello che si fonda sulle vendite o sul fatturato, che consentono di fornire una misura oggettiva del potenziale impatto

¹⁴² Relazione della Commissione europea sul funzionamento del regolamento n. 139/2004, COM(2009) 281, 18 giugno 2009, p. 6. Lo stesso Mario Monti aveva suggerito, come «opzione più radicale», l'abolizione della regola dei due terzi, la quale avrebbe assicurato un trattamento più coerente delle concentrazioni chiave dell'economia dell'Unione.

¹⁴³ Al fine di agevolare ulteriormente lavoro dei soggetti che si trovino a dover appurare l'esistenza di un obbligo di notifica di una determinata concentrazione, la Comunicazione Consolidata fornisce ampie e dettagliate indicazioni relative, *inter alia*, alla nozione di fatturato «netto» che deve essere considerato ai fini dell'analisi, ai dati finanziari che devono essere presi in considerazione e al periodo di riferimento (che coincide con i «conti che si riferiscono all'esercizio finanziario più vicino alla data dell'operazione e che sono certificati secondo le norme applicabili all'impresa», ma che possono essere soggetti a talune correzioni al fine di assicurarne la rispondenza con l'effettiva consistenza patrimoniale dell'impresa al momento della notifica), alla corretta imputazione del fatturato alle imprese interessate, alla ripartizione geografica del fatturato e al calcolo del medesimo in determinati settori (es., bancario o finanziario).

¹⁴⁴ Cfr. OCSE, *Recommendation of the Council on Merger Review*, OECD/LEGAL/0333, 2005.

dell'operazione sul mercato. Una preferenza verso un test quantitativo e di facile applicazione è stata altresì manifestata da altre organizzazioni internazionali; tra queste, spicca in particolare l'International Competition Network¹⁴⁵ (ICN), che nel 2002 ha adottato alcune raccomandazioni in virtù delle quali «*mandatory notification thresholds should be based on objectively quantifiable criteria*», individuando tra questi il fatturato e gli *asset*, da prediligere rispetto a test basati sulle quote di mercato o su una valutazione in merito agli effetti della prospettata concentrazione, atteso che tali parametri «*are inherently subjective and fact-intensive [and] may be appropriate for later stages of the merger control process*»¹⁴⁶.

Nondimeno, l'adozione di un test puramente quantitativo come quello previsto dall'art. 1 del regolamento (CE) 139/2004 determina anche delle esternalità negative. Anzitutto, come si vedrà *amplius* nel Capitolo II¹⁴⁷, esso fa sì che alcune operazioni, che possono essere foriere di criticità dal punto di vista

¹⁴⁵ L'ICN è un organismo globale i cui membri sono le autorità garanti nazionali o regionali (ivi inclusa la DG Concorrenza della Commissione europea). Esso è strutturato in gruppi di lavoro flessibili e, non avendo alcuna funzione normativa, si esprime attraverso raccomandazioni, o *best practices*, in merito a questioni che riguardino il *public enforcement* del diritto della concorrenza. La nascita dell'ICN è riconducibile a raccomandazioni del gruppo International Competition Policy Advisory Committee, che nel 2000 aveva indirizzato al governo degli Stati Uniti una proposta di creazione di una «iniziativa globale per la concorrenza». Dopo la condivisione del progetto anche da parte dei membri della Commissione europea, nel 2001 i rappresentanti di 14 giurisdizioni (ivi inclusa l'UE e l'Italia) hanno lanciato l'ICN in un incontro a New York. Sul rilievo di tale organismo nella *governance* globale dell'attività di applicazione delle norme antitrust, cfr. G. TESAURO, *International Competition Network. First annual conference, Naples, 28 September 2002, Opening Speech*, in *World Competition*, vol. 26, n. 2, 2003; D.D. SOKOL, *Monopolists without Borders: The Institutional Challenge of International Antitrust in a Global Gilded Age*, in *Berkeley Business Law Journal*, 2007, vol. 4, spec. pp. 105 ss.; e, con specifico riferimento alla disciplina del controllo delle concentrazioni, O. BUDZINSKI, *The International Competition Network as an International Merger Control Institution, International Institutions and Multinational Enterprises*, Cheltenham, 2004.

¹⁴⁶ ICN, *Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures*, 2002, spec. lett. E. A ciò si aggiunge che, secondo l'ICN, la valutazione sulla notificabilità di una concentrazione dovrebbe poter essere svolta sulla base di informazioni che sono prontamente accessibili dalle parti.

¹⁴⁷ Cfr., in particolare, il § 3.2 del Capitolo II.

concorrenziale, non siano soggette allo scrutinio della Commissione europea, considerato il fatturato non rappresenta un indice univoco dell'importanza, dal punto di vista concorrenziale, che gli attori economici rivestono nel mercato.

D'altra parte, esso implica che la Commissione debba investire risorse nella valutazione di concentrazioni che, pur interessando operatori di grandi dimensioni (spesso aventi la propria sede d'affari al di fuori dell'UE) non sollevano *prima facie* criticità antitrust¹⁴⁸, in assenza di sovrapposizioni orizzontali o profili di integrazione verticale o conglomerale.

2.1. (segue) I rinvii

A parziale soluzione alla rigidità del sistema di allocazione della competenza tra Stati membri e UE, il legislatore europeo ha dedicato due tipologie di strumenti.

La prima consiste nella possibilità di trattare talune concentrazioni meno problematiche mediante una procedura "semplificata", che è stata adottata nel 2013 nell'ambito di un processo di semplificazione della disciplina¹⁴⁹ e che oggi può essere esperita, ai sensi del regolamento (CE) n. 802/2004: (i) in caso di costituzione di imprese comuni, se l'impresa comune «non svolge né è prevedibilmente destinata a svolgere alcuna attività, o svolge solo un'attività di minima entità»; (ii) in caso di fusioni o acquisizioni che interessino imprese tra cui non vi sono rapporti né orizzontali né verticali; ovvero (iii) in caso di fusioni o acquisizioni ove, (a) in caso di relazioni

¹⁴⁸ Sul punto, cfr. M. BROBERG, *Improving the EU Merger Regulation's Delimitation of Jurisdiction: Re-defining the Notion of Union Dimension*, in *JECLAP*, vol. 5, n. 5, 2014.

¹⁴⁹ Si veda il comunicato stampa della Commissione europea del 5 dicembre 2013, *Mergers: Commission cuts red tape for businesses*, IP/13/1214. Nello specifico, la semplificazione operata dalla Commissione comportava una riduzione delle informazioni richieste alle parti in tale procedura e un contestuale ampliamento del campo di applicazione delle concentrazioni soggette a procedura semplificata alle concentrazioni.

orizzontali, la quota di mercato congiunta di tutti i partecipanti alla concentrazione che operano sullo stesso mercato del prodotto e geografico sia inferiore al 20% o, (b) in caso di relazioni verticali, nessuna delle quote di mercato individuali o congiunte di tutti i partecipanti alla concentrazione è pari o superiore al 30%.

L'altro strumento volto ad aggiungere flessibilità al riparto di competenze consiste in un regime di rinvii tra la Commissione e le autorità garanti della concorrenza nazionali (nel prosieguo, anche "AGN") di ciascuno degli Stati membri.

Nello specifico, tali rinvii si caratterizzano in base della "direzione" in cui essi operano – potendosi distinguere tra rinvii *top-down* (dalla Commissione alle AGN) e rinvii *bottom-up* (dalle AGN alla Commissione) – e, parallelamente, relativamente alla circostanza che le operazioni oggetto di rinvio abbiano o meno di dimensione "comunitaria".

Tra i rinvii di tipo *top-down* vi sono quelli disciplinati dall'art. 9 e dall'art. 4, § 4, del regolamento (CE) 139/2004, che consentono di far ascrivere alla competenza delle AGN concentrazioni di dimensione "comunitaria".

Nello specifico, l'art. 9 consente alla Commissione di rinviare ad un'AGN una concentrazione laddove, entro 15 giorni lavorativi dalla ricezione della copia della notifica¹⁵⁰, uno Stato membro abbia, di sua iniziativa o su invito della stessa Commissione, comunicato che tale concentrazione abbia un impatto sulla concorrenza in un «mercato distinto»¹⁵¹ che, sito nel proprio territorio, non

¹⁵⁰ In questo senso, va ricordato che, ai sensi dell'art. 19 del regolamento, «la Commissione trasmette entro 3 giorni lavorativi alle autorità competenti degli Stati membri copia delle notifiche e, quanto prima, i documenti più importanti che le sono presentati o che essa ha emesso».

¹⁵¹ In generale, i rinvii *top-down* ai sensi dell'art. 9 e dell'art. 4, § 4, del regolamento potrebbero essere disposti solamente laddove i mercati interessati dalla concentrazione abbiano dimensione nazionale o sub-nazionale, sulla base di elementi quali le caratteristiche del prodotto, della domanda e dell'offerta, tenendo in considerazione fattori come le variazioni significative dei prezzi e delle quote di mercato da un paese all'altro, le abitudini nazionali dei consumatori, la diversità del quadro regolamentare,

costituisce una parte sostanziale del mercato interno dell'UE¹⁵². Tale ultima limitazione fu introdotta alla luce della riluttanza della Commissione a cedere agli Stati membri parte della propria competenza¹⁵³.

In tal caso, la discrezionalità della Commissione varia a seconda del tipo di impatto che lo Stato prospetta in relazione alla singola concentrazione: (i) ove venga prospettato che la concentrazione «rischia di incidere in misura significativa sulla concorrenza» (art. 9, § 2, lett. a), è previsto un certo margine di discrezionalità in capo alla Commissione nella propria scelta¹⁵⁴; (ii) laddove,

del trattamento fiscale o di altre normative. Nondimeno, nella propria prassi decisionale, la Commissione ha rilevato che possono essere oggetto di rinvio anche concentrazioni con «effetti transfrontalieri significativi», sulla base di circostanze specifiche del caso. Come ricorda nella propria comunicazione del 2005, ad esempio, un rinvio può essere appropriato se il caso dà origine a problemi di concorrenza che, «pur interessando mercati nazionali di più di uno Stato membro, non sembrano richiedere un coordinamento delle indagini e/o dei provvedimenti correttivi, un rinvio può essere opportuno». Ad esempio, nella decisione del 24 agosto 2006, caso M.4312, *Generali / Toro*, la Commissione ha acconsentito al rinvio anche in presenza di taluni mercati di dimensione sovranazionale, rilevando che la concentrazione non avrebbe determinato «alcun mercato interessato al di fuori del territorio italiano», avendosi quote superiori al 25% solo in alcuni sub-segmenti del mercato ramo vita, e valorizzando in tal senso l'esperienza settoriale dell'AGN (nella specie, l'AGCM), «che potrebbe facilitare la valutazione del caso di specie» (in senso conforme, si veda *inter alia* la decisione della Commissione del 9 luglio 2007, caso M.4740, *Unicredit / Capitalia*, dove il rinvio fu disposto pur in presenza di «una sovrapposizione minima in Francia, Germania, Irlanda, Lussemburgo, Regno Unito e Romania, senza effetti significativi nei mercati di tali paesi»).

¹⁵² Tale rinvio (così come quello descritto al paragrafo successivo) può essere, peraltro, sia totale sia parziale. Si veda, ad esempio, la decisione della Commissione del 25 maggio 2001, caso M.1684, *Carrefour / Promodes*, dove la Commissione ha analizzato la concentrazione nei mercati a monte o in quelli a valle con profili di sovrapposizione non problematici, l'AGN francese ha analizzato l'impatto della concentrazione solo nei mercati *downstream* in cui vi erano significative sovrapposizioni tra le parti.

¹⁵³ Cfr. M.D.D. PEREZ, R. BURNLEY, *The Article 9 Referral Back Procedure: A Solution to the Jurisdictional Dilemma of the European Merger Regulation?*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, vol. 24, n. 8, 2003. Si noti che la prassi della Commissione e della Corte di giustizia nell'interpretazione di tale nozione è particolarmente espansiva, come dimostra ad esempio la sentenza della Corte di giustizia del 10 dicembre 1991, causa C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova S.p.A. c. Siderurgica Gabrielli S.p.A.*, ECLI:EU:C:1991:464, spec. punto 15, dove è stata osservata che il mercato dell'organizzazione per conto terzi e dell'esecuzione delle operazioni portuali relative all'ordinario trasporto merci nel porto di Genova costituisce «una parte sostanziale del mercato comune».

¹⁵⁴ Tra le ragioni che sono state tenute in considerazione dalla Commissione, figurano la probabile localizzazione degli effetti dell'operazione sulla concorrenza, la

invece, lo Stato comunichi che la concentrazione «incide sulla concorrenza» in un mercato distinto (art. 9, § 2, lett. b), la Commissione è tenuta a disporre il rinvio.

Un'analogia ipotesi di rinvio "verso il basso" è prevista, come detto, dall'art. 4, § 4, del regolamento, che si differenzia dalla precedente per il fatto di provenire non da una richiesta dello Stato membro, bensì delle parti che, prima della notifica, possono informare la Commissione che la concentrazione «può incidere in misura significativa sulla concorrenza» in un mercato distinto. Alla luce del principio del *nemo tenetur se detegere*¹⁵⁵, le parti non sono tenute a dimostrare un significativo impatto negativo dell'operazione (che dev'essere invece dimostrato dagli Stati nella procedura *ex art. 9*), essendo sufficiente che forniscano alcuni elementi che suggeriscano un qualche effetto sulla concorrenza, come l'esistenza di mercati interessati, l'esistenza di sovrapposizioni verticali o integrazioni verticali tra le parti. In tale caso, il rinvio

capacità dell'AGN di esaminare l'operazione (in questo senso, è interessante la decisione della Commissione del 12 novembre 2009, caso M.5549, *EDF/ Segebel* dove il rinvio era stato rigettato alla luce degli «*insufficient investigative means*» dell'AGN del Belgio), l'esperienza in un certo settore, che ha portato l'operazione a mantenere su di sé la competenza di operazioni che interessavano mercati distinti (ad esempio, nel settore delle telecomunicazioni, cfr. le decisioni della Commissione del 20 aprile 2015, caso M.7499, *Altice / PT Portugal*, e del 26 gennaio 2015, caso M.7421, *Orange / Jazztel*), la volontà di assicurare uniformità all'interno dell'UE nel trattamento di operazioni in un medesimo settore (cfr. la decisione della Commissione del 3 agosto 2016, caso M.7978, *Vodafone / Liberty Global*), ovvero le implicazioni le implicazioni in termini di oneri amministrativi (come nel caso della decisione del 7 aprile 2017, caso M.8257, *NN Group / Delta Lloyd*, in cui la Commissione, al momento della richiesta, aveva già quasi completato la propria indagine di mercato), ma anche le insufficienti motivazioni adottate dallo Stato richiedente (cfr. la decisione della Commissione del 10 novembre 2010, caso M.5960, *Crédit Agricole / Cassa Risparmio La Spezia / Agences Intesa Sanpaolo*).

¹⁵⁵ Tale principio, già affermato proprio in ambito antitrust nella sentenza della Corte di giustizia del 18 ottobre 1989, causa C-374/87, *Orkem c. Commissione*, ECLI:EU:C:1989:387, è stato di recente oggetto di generalizzazione nella sentenza della Corte di giustizia del 2 febbraio 2021, causa C-481/19, *DB c. Consob*, ECLI:EU:C:2021:84, su cui cfr. M. ARANCI, *Diritto al silenzio e illecito amministrativo punitivo: la risposta della Corte di giustizia*, in *Sistema Penale*, fasc. 2, 2021. Sul tema, più in generale, W. WILS, *Self-Incrimination in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, in *World Competition: Law and Economic Review*, vol. 26, n. 4, 2003.

all'AGN è comunque subordinato alla manifestazione del proprio consenso (o al silenzio) da parte dello Stato membro interessato e alla discrezionalità della Commissione, che può autorizzare il rinvio *ex art. 4, § 4*.

Al delle ipotesi di rinvio agli Stati membri, che hanno un effetto "centrifugo" rispetto alla competenza esclusiva della Commissione europea¹⁵⁶, l'ordinamento conosce, come detto, due ipotesi di rinvio "bottom-up", previste rispettivamente dagli artt. 4, § 5 (rinvio su richiesta delle parti) e 22 (rinvio su richiesta delle AGN competenti) del regolamento (CE) 139/2004. La disciplina e le questioni interpretative rispetto a tali fattispecie saranno affrontate *amplius* nel Capitolo III¹⁵⁷, quando si vedrà come la Commissione abbia individuato in esse un possibile rimedio ad alcune criticità cui è oggi esposta la disciplina sul controllo delle concentrazioni.

3. L'apertura di una stagione di riforme: cenni

«In its first twenty years, the Merger Regulation has gone through many changes, but it has managed to keep pace with them and evolve. As a result, merger control at EU level is now mature and stable. I have no doubt that the Merger Regulation will continue to serve us well for many years to come».

Con queste parole, pronunciate nel 2011¹⁵⁸, Joaquín Almunia, allora Commissario alla Concorrenza, celebrava i vent'anni di vigenza della disciplina derivata in materia di controllo delle concentrazioni, affermando come questa

¹⁵⁶ Cfr., ad esempio, la sentenza del Tribunale del 3 aprile 2003, causa T-119/02, *Royal Philips Electronics NV e a. c. Commissione*, ECLI:EU:T:2003:101, punto 350, dove la Corte di giustizia ha condiviso la preoccupazione che un eccessivo impiego dei rinvii agli Stati membri possa determinare una frammentazione che «non appare certo auspicabile in considerazione del principio dello "sportello unico"», considerato che il «rinvio sistematico di concentrazioni di dimensione comunitaria, che riguardano prodotti appartenenti a mercati nazionali distinti, potrebbe privare tale principio di ogni sostanza».

¹⁵⁷ Cfr., in particolare, il § 4.3.2 del Capitolo III.

¹⁵⁸ J. ALMUNIA, *EU merger control has come of age*, relazione alla conferenza IBA/Commissione europea *Merger Regulation in the EU after 20 years*, Bruxelles, 10 marzo 2011.

avesse fornito alla Commissione un *set* di strumenti adeguati e sufficientemente flessibili per esercitare la propria competenza in materia di *merger control* anche di fronte a un'economia in continua evoluzione. La riflessione di Almunia aveva a riferimento, in particolare, lo sconvolgimento sistemico dell'economia europea che aveva fatto seguito alla crisi economica dal 2007, a fronte della quale la Commissione aveva saputo mantenere un approccio equo e fermo, ritenendo che il mantenimento di strutture di mercato competitive fosse importante negli tanto in anni di crisi quanto negli anni di benessere economico. Tuttavia, così come per gli altri strumenti del diritto della concorrenza, anche rispetto alla disciplina delle concentrazioni negli ultimi anni si è assistito a un sempre più acceso dibattito, che ha investito tanto attori istituzionali e quanto privati, in merito all'idoneità del descritto sistema normativo a far fronte alle sfide poste da un contesto economico e sociale in rapido cambiamento e nel quale alcuni degli assunti che hanno costituito la base dell'*enforcement* antitrust del secondo Novecento (frutto, come si è visto, di una sintesi tra molteplici ideologie, prime tra tutte il liberismo d'ispirazione *chiagoan* e l'ordoliberalismo tedesco) sono stati messi in discussione.

Prime avvisaglie, a livello istituzionale, di un'esigenza di miglioramento del sistema di controllo delle concentrazioni si possono individuare in un libro bianco presentato dalla Commissione nel 2014¹⁵⁹. In tale documento, tra le altre cose, la Commissione ha descritto nei termini di un successo la principale modifica apposta con il regolamento (CE) 139/2004, ovvero sia l'introduzione del test SIEC in sostituzione del test di dominanza previsto nel precedente regolamento¹⁶⁰, unitamente all'evidente irrobustimento dal punto di vista

¹⁵⁹ Libro bianco della Commissione europea, *Verso un controllo più efficace delle concentrazioni nell'UE*, COM(2014) 449, 9 luglio 2014. Nello specifico, libro bianco era accompagnato da un documento di lavoro (SWD(2014) 221) e da una valutazione d'impatto (SWD(2014) 217 final).

¹⁶⁰ Sul punto, G. MONTI, *The New Substantive Test in the EC Merger Regulation - Bridging the Gap between Economics and Law?*, in *Cambridge Yearbook of European Legal*

dell'analisi economica che ha caratterizzato l'attività svolta dalla Commissione nella vigenza del nuovo regolamento. Pur non ritenendo pertanto necessario effettuare un'estesa del vigente regolamento, il libro bianco individuava alcune aree sulle quali, invece, una revisione avrebbe potuto essere contemplato. Ad esempio, il libro bianco proponeva di estendere la competenza della Commissione all'esame dei potenziali effetti anticoncorrenziali risultanti da acquisizioni di partecipazioni di minoranza non di controllo utilizzando un «sistema di trasparenza mirato e non invasivo», che avrebbe obbligato le parti a presentare una comunicazione di informazione per riferire alla Commissione di acquisizioni di partecipazioni di minoranza non di controllo. La comunicazione di informazione permetterebbe alla Commissione di decidere se indagare ulteriormente sull'operazione, consentendo agli Stati membri di prendere in esame una richiesta di rinvio e ai potenziali denunzianti di presentare una denuncia. Il libro bianco, poi, proponeva una revisione dei meccanismi di rinvio previsti dagli artt. 4, § 5, e 22 al fine di rafforzare ulteriormente l'applicazione e l'efficacia del principio dello "sportello unico"¹⁶¹. A tali proposte non è stato tuttavia dato seguito, anche in ragione di un rischi, evidenziati anche da un report indipendente nel frattempo commissionato dalla Commissione¹⁶², di *over-enforcement* e, in ultima istanza, di rispetto del principio di proporzionalità¹⁶³.

Studies, vol. 10, 2010; L.H. RÖLLER, M. DE LA MANO, *The Impact of the New Substantive Test in European merger Control*, in *Eur. Comp. J.*, vol. 2, 2006.

¹⁶¹ Su tali questioni, cfr. *infra*, §§ 4.3.1 e 4.3.2 del Capitolo III.

¹⁶² SPARK LEGAL NETWORK, QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON, *Support Study for impact assessment concerning the review of Merger Regulation regarding the minority shareholdings*, 2016.

¹⁶³ Cfr. M. VESTAGER, *Refining the EU merger control system*, relazione al Studienvereinigung Kartellrecht, Bruxelles, 10 marzo 2016, secondo cui «*shareholdings change hands all the time, and only a tiny handful of those deals are likely to raise issues. [...] It's still too early to say where our reflections will lead us. But we'd need to see compelling evidence that the system could work at European level – without creating a lot of complexity – before we took any more steps in this direction. And what I've seen so far hasn't convinced me*

Una nuova fase di riflessione è stata aperta nel 2016, con l'avvio di una pubblica consultazione, i cui punti di maggiore interesse e novità erano quelli relativi all'idoneità delle soglie di fatturato previste dal regolamento (CE) 139/2004 e della disciplina dei rinvii¹⁶⁴. I risultati di tale consultazione sono stati infine pubblicati nel 2021, quando la Commissione, al termine di un'approfondita indagine in merito agli effetti della digitalizzazione sulla politica di concorrenza e del monitoraggio dell'introduzione e dell'applicazione da parte di alcuni Stati membri di soglie supplementari basate sul valore delle concentrazioni, ha pubblicato un documento di lavoro¹⁶⁵, i cui esiti saranno tuttavia trattati nel prosieguo di questo lavoro¹⁶⁶.

that this is a change we absolutely have to make to our system».

¹⁶⁴ Cfr., per un riassunto dei contributi a tale consultazione, Commissione europea, *Summary of replies to the Public Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control*, luglio 2017.

¹⁶⁵ Documento di lavoro della Commissione europea del 26 marzo 2021, *Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control*, SWD(2021) 66.

¹⁶⁶ Cfr., in particolare, quanto riportato al § 4.3 del Capitolo III.

Capitolo II Controllo delle concentrazioni e perseguimento di interessi meta-concorrenziali

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Modelli teorici di rapporto tra diritto della concorrenza e istanze meta-concorrenziali. – 2.1. La mancata considerazione di interessi pubblici. – 2.2. L'intervento di organi politici: ordinamenti a "competenze condivise", a "competenze concorrenti" e a "controllo esterno". – 2.3. Il controllo degli interessi pubblici da parte delle autorità garanti della concorrenza. – 2.4. (*segue*) L'esperienza italiana. – 3. Controllo delle concentrazioni, promozione e tutela di interessi pubblici degli Stati membri. – 3.1. La tutela degli interessi legittimi ai sensi dell'art. 21, § 4, del regolamento (CEE) 139/2004. – 3.1.1. La tutela degli interessi "codificati". – 3.1.2. La tutela degli interessi "non codificati". – 3.2. I possibili rimedi in caso di misure adottate in violazione dell'art. 21 del regolamento (CE) 139/2004. – 3.3. (*segue*) La difficoltà di assicurare un controllo efficace e l'ipotesi di un maggiore coordinamento. – 4. Controllo delle concentrazioni e interesse pubblico dell'Unione europea. – 4.1. La questione delle finalità intrinseche alla disciplina antitrust. – 4.1.1. Efficienza, benessere del consumatore e istanze meta-concorrenziali sociale nella politica antitrust dell'UE: profili evolutivi. – 4.1.2. Verso un temperamento di interessi meta-concorrenziali al di là dell'efficienza economica. – 4.2. Il rilancio della politica industriale europea e il suo rapporto con la disciplina del controllo delle concentrazioni. – 4.2.1. Il contesto giuridico. – 4.2.2. La prassi della Commissione e il manifesto franco-tedesco: rischi e opportunità per l'Unione europea. – 5. Considerazioni conclusive sulla considerazione di interessi meta-concorrenziali nell'ambito del controllo delle concentrazioni.

1. Premessa

Nel presente Capitolo verrà approfondito il tema del rapporto tra il diritto antitrust il perseguimento di tutti quegli obiettivi e quelle istanze che sono eterogenee rispetto alla tutela della concorrenza all'interno del mercato unico. Va notato che questa non è una questione di totale novità; anzi, si è visto che già dalle trattative politiche che portarono all'adozione del regolamento (CEE) 4064/1989 l'inclusione di tali obiettivi tra le priorità della Commissione nell'*enforcement* del diritto antitrust – e, nello specifico, del controllo delle concentrazioni – fu oggetto di ampio dibattito, conclusosi infine in senso negativo. Negli anni successivi all'adozione del regolamento sulle concentrazioni, poi, non sono mancate accuse, indirizzate alla Commissione, di rigidità o dogmatismo nell'applicazione delle relative previsioni.

Negli ultimi anni, tuttavia, una nuova enfasi è stata posta, non solo all'interno della comunità scientifica, ma anche nella dialettica tra Stati membri e istituzioni dell'Unione, proprio in merito alla ponderazione tra la rigida applicazione delle norme sulla concorrenza e la promozione di valori e interessi diversi da quelli tradizionalmente al centro dell'analisi concorrenziale svolta da parte delle istituzioni dell'UE. Una dialettica che, sopita nei primi anni di applicazione del regolamento sulle concentrazioni, si è via via inasprita, fino alla sua definitiva emersione come momento di crisi istituzionale con la pubblicazione a inizio 2019 del «Manifesto franco-tedesco per una politica industriale europea adatta al 21° secolo» da parte dei governi di Francia e Germania¹. Come si vedrà meglio *infra*, tale documento, che ha visto la successiva adesione di altri Stati membri come Italia e Polonia², auspica un cambio di rotta nella politica industriale dell'UE, che dovrebbe passare, tra gli altri, proprio per un ripensamento del controllo comunitario delle concentrazioni volta a favorire il consolidarsi di “campioni europei”.

Le ragioni della riemersione di tale dibattito, che ha visto anche esprimersi personalità politiche di spicco³, possono essere ricondotte agli sconvolgimenti che le economie reali dei Paesi occidentali hanno subito

¹ Come rileva MIDIRI M., *Tutela della concorrenza, autorità garanti, scelte della politica*, in *Politica del Diritto*, vol. 2, 2020, il manifesto franco-tedesco può essere visto come prima declinazione dell'asse privilegiato suggellato dal trattato di cooperazione franco-tedesco di Aquisgrana, firmato il 22 gennaio 2019 e diretto a completare, rilanciandolo, il trattato dell'Eliseo, firmato da Charles de Gaulle e Konrad Adenauer nel 1963. Dichiarazioni assimilabili a quelle contenute nel manifesto franco-tedesco, almeno con riferimento all'enfasi posta sulla «rinascita» industriale dell'UE, erano già state adottate nell'ambito del gruppo Friends of Industry, cui fanno parte diciassette Stati membri e che si incontra annualmente per discutere di temi legati allo sviluppo industriale dell'UE. Cfr., in particolare, le dichiarazioni congiunte del 4 ottobre 2019 (c.d. *Vienna Declaration*), del 18 dicembre 2018 e del 30 giugno 2017 (c.d. *Berlin Declaration*).

² Cfr. la lettera, recante anche la firma del Ministero dello Sviluppo Economico italiano, del 4 febbraio 2020 alla Commissione europea, pubblicata da Politico, *EU big four press Vestager to clear path for champions*, 6 febbraio 2020.

³ Ad esempio, cfr. G. VERHOEFSTADT, *Europe's Missing Champions*, in *Project Syndicate*, 1° marzo 2019; E. MACRON, *Dear Europe, Brexit is a lesson for all of us: it's time for renewal*, in *The Guardian*, 4 marzo 2019.

nell'ultimo quindicennio. Da un lato, crisi economiche (come quella che ha colpito i mercati finanziari nel 2008 o, da ultimo, lo *shock* determinato dalla pandemia di Covid-19⁴) hanno agevolato la nascita e la diffusione di sentimenti protezionistici all'interno molti Stati membri⁵ ed extra-europei⁶ e hanno spinto numerosi attori istituzionali e privati a richiedere un'applicazione della normativa sulle concentrazioni meno rigida e capace di considerare esigenze diverse dalle considerazioni di efficienza.

Dall'altro, la crisi del multilateralismo e della globalizzazione, contestualmente a un mutamento degli equilibri internazionali sempre più caratterizzati da un bipolarismo tra Stati Uniti e Cina (quest'ultima dotata di un comparto industriale capace di esercitare fortissima pressione concorrenziale sull'economia europea) ha sollevato alcuni dubbi sul modello di mercato aperto perseguito dalla UE, che, nel contesto della globalizzazione, «ha cercato di costruirsi una reputazione di spazio disponibile agli investimenti e al commercio estero, ritenendo che ciò arrecasse vantaggio alla competitività della stessa industria europea»⁷.

La crisi, ideologica ancor prima che economica, cui è soggetto il modello liberistico improntato sul c.d. *Washington Consensus*⁸, specialmente a favore di

⁴ In merito al dibattito sullo scopo dell'intervento antitrust a seguito della pandemia di Covid-19, tra i molti, cfr. PEZZOLI A., TONAZZI, A., *La sfida della «normalità». Concorrenza e intervento pubblico nel post-Covid. È possibile andare oltre l'intreccio tra monopolio e assistenzialismo?*, in *Analisi Giuridica Dell'Economia*, vol. 19, n. 2, 2020.

⁵ In questo senso, cfr., *ex multis*, F. FABBRINI, *The Future of the EU 27*, in *European Journal of Legal Studies*, n. spec., *The Brexit Negotiations and the May Government*, 2019, che inserisce il manifesto franco-tedesco nell'ambito di un più ampio insieme di una «*increasing regional fragmentation*».

⁶ Sugli Stati Uniti, ad esempio, cfr. MCCORMACK P.M., AGATHOKLIS MURINO A., HSU E., *Populist Instincts: A Trump Administration Antitrust Merger Retrospective*, in *Antitrust*, vol. 35, n. 3, 2021.

⁷ V. MELI, *Il public interest nel diritto della concorrenza*, cit., p. 463.

⁸ Il termine, coniato da J. WILLIAMSON, *What Should the World Bank Think About the Washington Consensus?*, in *The World Bank Research Observer*, n. 15, 2000, fa riferimento alle *policy* economiche promosse da organizzazioni internazionali quali la Banca Mondiale e il Fondo Monetario Internazionale a partire dagli anni Ottanta del Novecento, che denotavano un approccio fondato sulla liberalizzazione dei mercati, la *deregulation*,

economie emergenti caratterizzate da una massiccia presenza dello Stato anche nelle politiche di concorrenza (si pensi alla Cina, al Brasile o all'India), ha reso attuale un riflessione non solo sui paradigmi valutativi delle operazioni all'interno del mercato europeo, ma anche sull'opportunità di uno sviluppo di una politica industriale autonoma e propria dell'UE e sul ruolo che tale politica possa avere nel delicato *enforcement* della disciplina antitrust.

Le considerazioni sin qui abbozzate sollevano un gran numero di problemi, di natura innanzitutto definitoria, che nel presente capitolo si cercherà di ricostruire, facendo riferimento a un *corpus* di contributi dottrinali che mostra il grande sforzo investito dagli studiosi del mondo occidentale per trovare una soluzione a un problema che, lungi dall'essere risolto, costituisce uno dei principali nodi nell'evoluzione della disciplina antitrust dell'UE. Su tale base, si procederà dunque a una tipizzazione dei principali modelli di interazione tra politica antitrust e istanze meta-concorrenziali, conosciuti dagli ordinamenti dotati di un sistema di norme a tutela della concorrenza, che possono essere utilizzati come *benchmark* di riferimento ai fini della valutazione delle istanze di riforma del modello previsto dal diritto dell'Unione europea. Successivamente, si vedrà su quali presupposti ed entro quali limiti tali considerazioni possono, oggi, svolgere un ruolo nell'applicazione della normativa sulla concorrenza da parte della Commissione europea, a tal fine descrivendo i connotati essenziali dell'istituto previsto dall'art. 21, § 4, del

la privatizzazione, la riduzione dell'intervento statale nell'economia e una convinzione – ereditata dalla Scuola di Chicago – che il mercato «*can handle everything*» (I. LIANOS, A. MATEUS, A. RASLAN, *Development Economics and Competition. A Parallel Intellectual History*, CLES Society Research Paper Series, n. 1, 2012). Ad una visione così «radicale e dogmatica» (P. PRESTON, *Development Theory: An Introduction to the Analysis of Complex Change*, Hoboken, NJ, 1996, p. 252) ha fatto poi seguito una rilettura “aggiornata” del *Washington consensus*, che fosse maggiormente ancorata alle riforme istituzionali e ad una sana *governance* economica, che tenesse altresì in considerazione obiettivi quali la prevenzione della corruzione, le politiche occupazionali e sociali, ovvero la tutela dell'ambiente. Cfr. D. RODRIK, *After Neoliberalism, What?*, relazione alla *Alternatives to Neoliberalism Conference*, 2004; J.E. STIGLITZ, N. SERRA (a cura di), *The Washington Consensus Reconsidered: Towards a New Global Governance*, Oxford, 2008.

regolamento (CE) 139/2004 anche alla luce dei casi in cui esso è stato applicato e analizzando quali conseguenze abbia determinato la minore convergenza tra la normativa europea e quella nazionale in materia di concentrazioni rispetto ad altre branche della disciplina antitrust. Si poi vedrà se vi sia, o vi debba essere, uno spazio per la ponderazione, nell'ambito della politica antitrust, di istanze meta-concorrenziali di provenienza non statale, bensì proprie del sistema valoriale e programmatico dell'UE: in altre parole, se vi sia spazio per una vera politica industriale europea e se questa possa giocare un ruolo nell'analisi antitrust delle concentrazioni da parte della Commissione europea.

2. Modelli teorici di rapporto tra diritto della concorrenza e istanze meta-concorrenziali

Come detto, un primo problema che si pone allorché si analizza la questione oggetto del presente capitolo riguarda l'identificazione degli interessi e degli obiettivi non concorrenziali che, da alcuni, si propone che la Commissione tenga in considerazione nell'esercizio delle proprie competenze in materia di controllo delle concentrazioni.

In letteratura e nei vari testi di provenienza istituzionale si trova una terminologia variegata, che fa riferimento a nozioni quali «interesse pubblico», «istanze meta-concorrenziali», «motivi di interesse generale», «*normative goals*», «*non competition goals*», «politiche pubbliche»⁹. Più di recente, poi, il dibattito si è concentrato, come si vedrà, sulla necessità di prendere in considerazione esigenze di politica industriale o, comunque, di quelle politiche che sono volte a stimolare la “competitività” del comparto industriale europeo.

L'assenza di un linguaggio universale dipende anche dalla circostanza che queste esigenze sono state trattate fino ad oggi come serventi gli interessi

⁹ Per un tentativo di fornire una definizione univoca di clausole di interesse pubblico, cfr. N. PETIT, N. NEYRINCK, *Industrial policy and competition enforcement: is there, could there and should there be a nexus?*, relazione alla 2012 GLC Annual Conference.

specifici di ciascun ordinamento nazionale, con la conseguenza che le relative definizioni differiscono in base allo specifico ordinamento che viene preso in considerazione.

Non esiste, pertanto, una nozione univoca delle istanze meta-concorrenziali, specialmente se in relazione alla disciplina del controllo delle concentrazioni, dove non si è assistito all'armonizzazione che ha invece caratterizzato l'evoluzione della normativa dell'UE in materia di intese restrittive e abuso di posizione dominante¹⁰.

¹⁰ Infatti, a differenza che per la materia del controllo delle concentrazioni (dove, come si è visto, il principio dello *one-stop shop* determina una rigida separazione tra il regime normativo dell'UE e quello applicato a livello nazionale da parte delle AGN di ciascuno Stato membro), l'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE è improntata, sin dall'entrata in vigore del regolamento (CE) 1/2003, su un sistema di competenze parallele, in virtù del quale, come precisato dalla comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza (G.U.U.E. C 101 del 27 aprile 2004), al § 5, «tutte le autorità garanti della concorrenza hanno il potere di applicare gli articoli [101] e [102] del trattato e [...] nel quadro del sistema delle competenze parallele, i casi verranno trattati: da un'unica autorità nazionale garante della concorrenza, eventualmente con l'assistenza delle autorità garanti della concorrenza di altri Stati membri; o da diverse autorità nazionali garanti della concorrenza operanti in parallelo; o dalla Commissione». Questioni di coordinamento tra le attività di indagine AGN e la Commissione sono state sottoposte alla Corte di giustizia in diverse occasioni: si vedano le sentenze della Corte di giustizia del 23 novembre 2017, causa C-547/16, *Gasorba*, ECLI:EU:C:2017:891 (in materia di impegni), del 20 gennaio 2016, causa C-428/14, *DHL Express (Italy)*, ECLI:EU:C:2016:27 (sull'autonomia delle AGN nell'adozione di programmi di *leniency*), del 26 settembre 2018, causa T-574/14, *EAEP*, ECLI:EU:T:2018:605 e del 21 gennaio 2015, causa T-355/13, *easyJet Airline*, ECLI:EU:T:2015:36 (in relazione agli obblighi motivazionali della Commissione in caso di rigetto di denunce), nonché la sentenza del Tribunale del 24 settembre 2019, causa T-466/17, *Printeos*, ECLI:EU:T:2019:671 (in materia di *bis in idem*) e le conclusioni dell'avvocato generale Pitruzzella, del 7 maggio 2020, causa C-132/19 P, *Groupe Canal +*, ECLI:EU:C:2020:355, che ha affermato l'importanza, in particolare, di «assicurare l'uniformità dell'applicazione del diritto europeo della concorrenza in un sistema di *enforcement* decentralizzato». Sul tema, cfr. F. RIZZUTO, *Parallel competence and the power of the EC Commission under Regulation 1/2003 according to the Court of First Instance*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, vol. 29, n. 5, 2008 e F. MUNARI, *Antitrust Enforcement After the Entry into Force of Regulation no. 1/2003: The Interplay among the Commission and the NCAs and the Need for an Enhanced Role of National Courts*, in B. CORTESE (a cura di), *EU Competition Law: Between Public and Private Enforcement*, Alphen aan den Rijn, 2013; ID., *L'applicazione del diritto antitrust dopo l'entrata in vigore del regolamento (CE) n. 1/2003: l'interazione fra commissione e autorità nazionali e il necessario rafforzamento del ruolo dei giudici nazionali*, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2013.

Con una prima approssimazione, si osserva che ciò che accomuna le previsioni volte a tutelare tali istanze meta-concorrenziali è la natura *pubblica* dell'interesse che si ritiene essere concorrente, quando non prevalente, su quello puramente concorrenziale. Tale connotazione fa sì che le relative clausole di interesse pubblico variano considerevolmente sia nello spazio, a seconda del contesto sociale, culturale e politico, sia nel tempo, riflettendo gli sviluppi della società. Ad esempio, come ricorda l'OCSE¹¹, in Francia si parla di sviluppo industriale, protezione dell'occupazione, promozione della competitività delle imprese a livello internazionale; in Germania, di benefici per l'economia nel suo complesso o di preminenti interessi nazionali; in Italia di rilevanti interessi generali dell'economia nazionale; in Olanda, di ragioni di interesse generale; in Portogallo, di benefici nei confronti di interessi strategici fondamentali dell'economia nazionale; in Spagna, di sicurezza e difesa nazionale, protezione della sicurezza e della salute pubblica, della libertà di movimento dei beni e servizi nel territorio nazionale, protezione dell'ambiente, promozione della ricerca e sviluppo tecnico e mantenimento degli obiettivi della regolazione settoriale; in Regno Unito, di interessi pubblici di natura eccezionale quali la sicurezza nazionale, il pluralismo informativo e la stabilità del sistema finanziario. Le clausole di interesse pubblico sono pertanto mutevoli, e riflettono l'assetto di valori e priorità che ciascun ordinamento individua come preminenti in un dato periodo storico.

Con il mutare del contesto geografico e temporale non cambia solo il contenuto di tali clausole ma anche la loro formulazione: a fronte di normative che includono liste (esaustive o non esaustive) di istanze meta-concorrenziali natura pubblicistica che possono fondare una decisione in merito a una concentrazione, vi sono ordinamenti in cui è più genericamente demandato alle

¹¹ Cfr. OCSE, *Public interest considerations in merger control*, Background paper by the Secretariat, WP3(2016)3, 2016.

autorità garanti della concorrenza di bilanciare un più generale “interesse pubblico” con le più classiche istanze di tutela dello scenario competitivo.

Come si vedrà, oltre alla formulazione a cambiare è anche la loro collocazione nell’architettura normativa e istituzionale di ciascuno Stato membro. Clausole di interesse pubblico possono essere incluse tra gli obiettivi o i principi generali che informano la disciplina, tra i criteri sostanziali di valutazione delle concentrazioni, ovvero in altre disposizioni, anche non strettamente antitrust, che possono porre limiti, o deroghe, all’applicazione delle norme sulle concentrazioni. Inoltre, talvolta esse sono oggetto di applicazione diretta da parte delle AGN, talaltra sono prerogativa di organismi di natura politica.

Se è vero che il contenuto attribuito all’interesse pubblico negli ordinamenti dotati di previsioni in materia di concorrenza è soggetto a variazioni nello spazio e nel tempo, è tuttavia possibile ricondurre ad alcuni modelli teorici essenziali le varie configurazioni il rapporto che si ha tra clausole di interesse pubblico e controllo delle concentrazioni.

A titolo di generale osservazione preliminare, si osserva che le AGN dei paesi occidentali attribuiscono nella loro prassi un ruolo generalmente limitato a fattori che vanno oltre gli obiettivi intrinseci alla tutela della concorrenza, a prescindere dalla precisa declinazione che tali principi assumano¹². Un’analisi dell’esperienza globale di *enforcement* antitrust rispetto alle concentrazioni mostra che le considerazioni di interesse pubblico sono maggiormente diffuse nelle economie emergenti, dove la politica antitrust opera solitamente “a

¹² Cfr. OCSE, *Competition Law and Responsible Business Conduct*, Global Forum on Responsible Business Conduct, 2015, dove si nota che, anche in quegli ordinamenti in cui sono effettivamente presenti clausole di interesse pubblico, laddove le politiche antitrust siano consolidate e condotte in autonomia e indipendenza rispetto al potere politico, le AGN solitamente interpretano le clausole di interesse pubblico in modo restrittivo.

braccetto” con politiche di crescita economica e sociale¹³, quali la promozione delle piccole e medie imprese, la tutela dei soggetti deboli, la creazione di posti di lavoro, la promozione delle esportazioni e la tutela rafforzata dei diritti di proprietà intellettuale¹⁴.

Ora, un’analisi dei sistemi di controllo esistenti porta a ritenere che la tutela di interessi pubblici nazionali possa essere declinata in diverse modalità che possono essere collocate in un *continuum* in relazione al livello e all’intrusività di tali considerazioni di pubblico interesse all’interno dell’attività di controllo delle concentrazioni.

2.1. La mancata considerazione di interessi pubblici

Ad una delle estremità di tale *continuum* è possibile collocare il caso in cui nessun rilievo viene attribuito a istanze di interesse pubblico e nei quali, pertanto, le AGN esercitano le proprie competenze in materia di controllo delle concentrazioni senza che considerazione di tal genere possa influenzare la propria valutazione, tanto in concomitanza con la propria analisi quanto successivamente mediante un controllo *ex post*. In tale modello, la decisione in merito all’approvazione o al divieto di una concentrazione sarà quindi svolta applicando, in via esclusiva, un test valutativo di tipo prognostico in merito agli effetti che tale concentrazione è idonea a produrre sulla concorrenza.

¹³ Così, D. LEWIS, *The role of public interest in Merger evaluation*, relazione presentata al ICN Merger Working Group, Napoli, 28-29 settembre 2002; cfr. anche F. JENNY, *Substantive convergence in merger control: an assessment*, in *Concurrences*, fasc. 1, 2015, il quale ha altresì osservato che la considerazione di istanze di interesse pubblico possono essere un «male necessario» in alcuni paesi in via di sviluppo, che potrebbero non adottare norme a tutela della concorrenza se ciò significasse non poter considerare obiettivi di sviluppo più ampi (cfr. Global Competition Review, *Public interest clauses may be a necessary evil, says OECD head*, 13 marzo 2015).

¹⁴ UNCTAD, *The Importance of Coherence Between Competition and Government Policies*, nota presentata al Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy, Ginevra, 19-21 luglio 2011.

La *ratio* sottesa a un assetto istituzionale di questo tipo risiede nella consapevolezza che obiettivi di interesse pubblico sono generalmente vaghi e mutevoli, sicché difficili da interpretare e applicare in modo obiettivo, trasparente e coerente. Di conseguenza, la loro inclusione, tra i parametri di valutazione a disposizione delle AGN, crea quindi rischi di incertezza giuridica e imprevedibilità nell'applicazione del diritto della concorrenza.

Tale modello non postula, ovviamente, la totale estraneità di considerazioni di interesse pubblico nell'intervento statale, che potranno essere invece essere perseguite al di fuori dell'attività di *merger control*, ad esempio mediante politiche dirette o normative di settore.

Nella pratica, giurisdizioni che adottino un modello di questo tipo sono rare, atteso che gli ordinamenti nazionali tendono a voler preservare la possibilità di autorizzare o vietare concentrazioni sulla base di interessi pubblici che esulino dagli *standard* applicati dalle autorità indipendenti. Ciò si verifica, a maggior ragione, all'interno dell'UE, dove il principio dello *one-stop shop* ha fatto sì che gli Stati perdessero, di fatto, la competenza a decidere su numerose concentrazioni anche molto rilevanti dal punto di vista politico¹⁵. Tra le giurisdizioni improntate a un modello di questo tipo vi è, ad esempio, il Belgio,

¹⁵ Come esempio recente, si veda la decisione del 14 luglio 2020, caso M.9014, *PKN Orlen/Grupa Lotos*, con cui la Commissione ha autorizzato un'operazione di acquisizione che vedeva coinvolti due grandi società petrolifere (PKN Orlen, in qualità di acquirente, e Grupa Lotos, in qualità di società *target*), aventi congiuntamente un posizionamento di grande rilievo in Polonia e altri paesi dell'Europa orientale. Il peso politico di tale caso è testimoniato non solo dalle dichiarazioni da parte dei massimi organi politici nazionali interessati (cfr. Reuters, *Poland refiner PKN to sell Lotos assets to Aramco, MOL to complete takeover*, 12 gennaio 2022, dove si riporta il commento del presidente polacco Andrzej Duda, che ha definito l'operazione autorizzata dalla Commissione come un «*great economic, political and social event in our part of Europe*»), ma anche dalle tensioni causate in seno alla Commissione dall'autorizzazione della concentrazione, che sembrerebbe essere stata disposta per effetto di un diretto intervento da parte della Commissaria Margrethe Vestager a fronte di un parere inizialmente negativo da parte dei funzionari incaricati della valutazione del caso (cfr. Politico, *Polish energy deal signals a more political Vestager*, 28 settembre 2020, dove si osserva che «*the clearance could become a precedent for other political mergers [...] and the Commission will have to "limit the contagion"*»).

dove nel 2013 è stata adottata una riforma legislativa che ha adottato il test SIEC nella valutazione delle concentrazioni e abrogato la previsione, precedentemente contemplata in via residuale e successiva, che consentiva al ministero di revocare le decisioni dell'AGN sulla base di interessi pubblici nazionali¹⁶. Oltre al Belgio, tra i sistemi privi di clausole di interesse pubblico nella valutazione delle concentrazioni si riscontrano quelli della Danimarca e – al di fuori dell'UE – Cile, Colombia, Macedonia del Nord e Turchia¹⁷.

Peraltro, la prassi decisionale delle AGN di tali Paesi mostra come l'assenza di clausole di interesse pubblico non elimini del tutto il ruolo svolto da tali elementi nella valutazione delle concentrazioni, essendo stato riscontrato che, talvolta, le AGN considerino *motu proprio* istanze meta-concorrenziali pur non essendo previsto da alcuna normativa¹⁸.

2.2. L'intervento di organi politici: ordinamenti a "competenze condivise", a "competenze concorrenti" e a "controllo esterno"

In diversi ordinamenti, la ponderazione di istanze meta-concorrenziali, non rientrando tra le prerogative delle AGN, è demandata a un ministro ovvero a un altro organo decisionale pubblico. Questo può avvenire, a sua volta, sulla base di modelli diversi, nei quali le modalità di controllo e l'estensione dell'interesse pubblico sono diversamente declinati.

In primo luogo, vi sono sistemi "a competenze condivise" nei quali le considerazioni di interesse pubblico sono inserite nell'ambito della procedura di controllo delle concentrazioni, nel corso della quale le AGN sono tenute a

¹⁶ In particolare, il potere di revoca ministeriale è stato eliminato con la *Loi du 3 avril 2013* con cui è stato modificato il *Livre IV* del *Code de droit économique*.

¹⁷ Cfr. D. READER, *Accommodating Public Interest Considerations in Domestic Merger Control: Empirical Insights*, in *CCP Working Paper*, 16-3, 2016, p. 63.

¹⁸ Cfr. J. MELLOTT, R. CIRIC, *Public Interest in Merger Control: The Lay of the Land*, in *Antitrust Bull.*, vol. 65, n. 2, 2020, p. 224, che annoverano in tale categoria anche la Grecia, l'Irlanda e la Russia.

rivolgersi a un'autorità di regolazione settoriale o a un altro organo decisionale pubblico, del quale deve essere ottenuto un parere, ovvero una formale autorizzazione, che solitamente hanno effetto vincolante ai fini dell'adozione della decisione da parte delle AGN. Un modello di questo tipo si presta ad essere impiegato in settori regolati – quali quello finanziario, delle comunicazioni o dell'energia – nei quali sono solitamente richieste competenze specifiche che ben possono esulare da quelle attribuite alle autorità della concorrenza.

Più ad ampio raggio è, invece, il modello istituzionale che può essere definito “a controllo esterno”¹⁹, nel quale un ministro o un altro organismo pubblico può intervenire separatamente rispetto al procedimento amministrativo dinanzi all'autorità garante della concorrenza. In questi sistemi, l'intervento esterno non è tipicamente limitato a certi settori o industrie, anche se nella maggior parte dei casi tale scrutinio viene esercitato in via eccezionale²⁰. Tuttavia, un *design* di questo tipo è potenzialmente idoneo a svuotare di significato, nei fatti, il ruolo svolto dalle AGN, allorché le decisioni da questa prese possono essere revocate o modificate in una fase successiva, dominata

¹⁹ All'interno dell'UE, un modello di questo tipo caratterizza, ad esempio, l'ordinamento italiano, secondo quanto si vedrà al § 2.4 *infra*. Previsioni analoghe sono previste anche in Francia, dove l'art. L 430-7-1 II del Codice di Commercio consente di derogare alla competenza dell'Autorité de la Concurrence qualora debbano essere contemperati «*motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence*». Similmente, in Germania il Ministro dell'Economia può concedere, su richiesta, l'autorizzazione per una concentrazione precedentemente vietata dal Bundeskartellamt se la restrizione della concorrenza «è controbilanciata dai vantaggi macroeconomici della concentrazione o se la concentrazione è giustificata da un interesse pubblico prevalente», e sempreché tale autorizzazione «non metta a repentaglio l'economia di mercato» (art. 42 *Wettbewerbsbeschränkungen*).

²⁰ L'eccezionalità di tale scrutinio riduce, in generale, l'arbitrarietà (oltre che la minore chiarezza e trasparenza del processo decisionale) che invece deriva dalla ponderazione di istanze di interesse pubblico affidata all'autorità garante come fase ordinaria del processo di controllo delle concentrazioni. Inoltre, come nel modello a competenze condivise, i sistemi a controllo esterno non pone questioni di legittimazione democratica che potrebbero essere sollevati attribuendo ad un organo amministrativo il delicato compito di perseguire istanze che implicano, in realtà, un'ampia discrezionalità politica.

dall'intervento politico, che astrattamente potrebbe compromettere o non riuscire a rimediare eventuali impatti negativi della concorrenza, anche considerato che gli organi decisionali pubblici possono non avere familiarità con le complesse questioni di natura giuridica ed economica che l'analisi concorrenziale delle operazioni implica²¹.

Una terza declinazione ("a competenze concorrenti") dei modelli istituzionali caratterizzati da più autorità è quella in cui le concentrazioni aventi luogo in taluni settori sono oggetto di valutazione sia dell'AGN sia di un'autorità settoriale, nel quadro di procedure amministrative separate e indipendenti. In questo modello, tipicamente impiegato nei mercati finanziari o bancari²², la valutazione delle considerazioni di interesse pubblico spetta

²¹ Cfr. J. MELLOTT, R. CIRIC, *Public Interest in Merger Control*, cit., spec. pp. 215-219, dove si osserva che questo rischio è solitamente contemperato dalla possibilità per gli organi deputati al controllo del *public interest* di imporre l'adozione di rimedi (assimilabili a quelli già previsti dalla normativa antitrust) alle società interessate da operazioni inizialmente vietate dalle autorità garanti e successivamente autorizzate per motivi di interesse generale. In tal senso, un caso emblematico è fornito dall'esperienza tedesca e, in particolare, dalla saga relativa al progetto di acquisizione di numerosi punti vendita della catena di supermercati Kaiser's Tengelmann da parte del maggiore gruppo distributivo tedesco, Edeka. Dopo l'iniziale divieto da parte del Bundeskartellamt (basato su una valutazione di riduzione di scelta per i consumatori in un certo numero di mercati regionali e comunali altamente concentrati: cfr. la decisione del Bundeskartellamt, del 31 marzo 2015, caso B2 – 96/14, *Edeka / Kaiser's Tengelmann*, peraltro confermata dalla corte regionale di Düsseldorf il 23 agosto 2017), il ministro dell'economia tedesco aveva rilasciato un'autorizzazione che autorizzava la transazione condizionatamente ad alcune cessioni da parte delle società interessate. L'esperienza tedesca in tal senso è stata oggetto di critiche, anche in punto di effettività di tale strumento nel perseguimento degli obiettivi cui esso è preposto. Su tale caso, cfr. O. BUDZINSKI, A. STÖHR, *Public Interest Considerations in European Merger Control Regimes*, in *Ilmenau Economics Discussion Papers*, vol. 25, n. 130, 2019, spec. pp. 20 ss., secondo cui «*the desired public interest effects were (probably) achieved only in a minority of cases and in even fewer cases the market power of the allowed anticompetitive merger was instrumental in achieving the desired public interests*».

²² È il caso, ad esempio, dell'Australia, dove l'autorità garante della concorrenza (*Australian Competition and Consumer Commission*) analizza gli effetti della concentrazione sulla concorrenza, mentre un'autorità di regolamentazione (*Australian Prudential Regulation Authority*) esamina gli aspetti prudenziali della concentrazione nei settori regolamentati. Entrambe le autorità riferiscono le proprie conclusioni al Ministro del Tesoro, che prende una decisione finale sulla base del preminente interesse nazionale, dove vengono considerati (anche, ma non solo) gli aspetti specifici relativamente alla concorrenza. Cfr. M.J.V. ABRENICA, *Balancing Consumer Welfare and*

all'autorità di settore, che la effettua indipendentemente rispetto al procedimento valutativo in seno all'autorità antitrust.

2.3. Il controllo degli interessi pubblici da parte delle autorità garanti della concorrenza

Come si è anticipato, non mancano giurisdizioni nelle quali la valutazione di istanze meta-concorrenziali è parte integrante della stessa analisi della concentrazione, anche indipendentemente dal settore o dall'industria interessata. In tali sistemi, la considerazione degli interessi pubblici è pertanto demandata alla stessa autorità preposta alla valutazione dei profili più strettamente concorrenziali della concentrazione.

Un sistema di questo tipo, se da un lato comporta un rischio di “annacquamento” della politica antitrust a causa della sua commistione con esigenze ad essa estranee, ha il pregio di assicurare una maggiore uniformità applicativa da parte delle autorità che, se propriamente schermate da pressioni politiche provenienti dall'esterno (cosa che, tuttavia, non può essere data per scontata, specialmente nell'ambito di economie in via di sviluppo)²³, sono così in grado di condurre un'analisi olistica e che abbracci sia i criteri di concorrenza che quelli non strettamente concorrenziali.

È già stato notato che modelli di questo ultimo tipo, nei quali alle AGN è data la possibilità di tenere in considerazione obiettivi di tipo meta-concorrenziale nella valutazione sostanziale delle concentrazioni, giocano un ruolo significativo soprattutto in giurisdizioni con sistemi economici o regimi antitrust in via di sviluppo. Si è visto però che tale clausole di interesse pubblico

Public Interest in Competition Law, in *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, vol. 13, n. 2, 2018.

²³ Cfr., A. CAPOBIANCO, A. NAGY, *Public Interest Clauses in Developing Countries*, in *JECLAP*, vol. 7, n. 1, 2015, pp 46-51.

sono previste nei regimi antitrust di Paesi con economie mature quali Cina e Australia .

2.4. (segue) L'esperienza italiana

Alcuni spunti interessanti sulla declinazione, nel concreto dei modelli sin qui descritti, possono essere tratti dall'ordinamento italiano, che può essere ricondotto più di uno di tali modelli istituzionali.

Da un lato, infatti, la normativa di riferimento in materia di tutela della concorrenza attribuisce direttamente all'AGCM la possibilità di includere anche istanze meta-concorrenziali nell'esercizio della propria competenza in ambito di controllo delle concentrazioni. Questo avviene, in primo luogo, nella formulazione del paradigma valutativo che l'AGCM applica nell'eventuale divieto di concentrazioni, il quale costituisce, come avveniva a livello di UE per effetto del regolamento (CEE) 4064/1989, un test di dominanza, nel quale l'AGCM può tenere conto, oltre che delle possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori, della posizione sul mercato delle imprese interessate e della struttura dei mercati, anche «della situazione competitiva dell'industria nazionale»²⁴. A tale circostanza, tuttavia, non risulta che l'AGCM abbia mai fatto riferimento²⁵ e, in proposito, è interessante notare che il disegno di legge annuale per la concorrenza e il mercato del 2021 abbia previsto una significativa modifica di tale previsione, sostituendo il test di dominanza con un test SIEC, nel quale non figura più alcun riferimento alla competitività dell'industria nazionale²⁶.

²⁴ Art. 6 legge 287/1990.

²⁵ Cfr. M. BERETTA, M. D'OSTUNI, *Il sistema del controllo delle concentrazioni in Italia*, Torino, 2017, spec. pp. 130-132.

²⁶ Si veda il D.D.L. n. 2469, comunicato alla Presidenza del Senato il 3 dicembre 2021, che prevede la sostituzione dell'art. 6, co. 1, della legge 287/1990 con la seguente formulazione: «nei riguardi delle operazioni di concentrazione soggette a comunicazione ai sensi dell'articolo 16, l'Autorità valuta se ostacolano in modo

Una seconda previsione, che opera come *public interest clause*, è quella prevista dall'art. 25, co. 1, della legge 287/1990, che attribuisce all'AGCM il potere di autorizzare concentrazioni altrimenti vietate, seppure eccezionalmente e sulla base di criteri che avrebbero dovuto essere adottati dal Consiglio dei Ministri (sebbene ciò non sia mai avvenuto), «per rilevanti interessi generali dell'economia nazionale nell'ambito dell'integrazione europea»²⁷. Anche in questo caso, tale previsione – che peraltro era controbilanciata dal potere dell'AGCM di imporre le misure necessarie per il ristabilimento di condizioni di piena concorrenza – è rimasta lettera morta.

Altrettanto priva di applicazione concreta è stato il secondo comma dell'art. 25, che invece prevede – nella guisa del modello “a controllo esterno” descritto *supra* – una sorta di controllo sulla reciprocità che può fondare, in capo alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, una decisione di divieto di operazioni precedentemente autorizzate «alle quali partecipano enti o imprese di Stati che non tutelano l'indipendenza degli enti o delle imprese con norme di effetto equivalente a quello dei precedenti titoli o applicano disposizioni

significativo la concorrenza effettiva nel mercato nazionale o in una sua parte rilevante, in particolare a causa della costituzione o del rafforzamento di una posizione dominante. Tale situazione deve essere valutata in ragione della necessità di preservare e sviluppare la concorrenza effettiva tenendo conto della struttura di tutti i mercati interessati e della concorrenza attuale o potenziale, nonché della posizione sul mercato delle imprese partecipanti, del loro potere economico e finanziario, delle possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori, del loro accesso alle fonti di approvvigionamento o agli sbocchi di mercato, dell'esistenza di diritto o di fatto di ostacoli all'entrata, dell'andamento dell'offerta e della domanda dei prodotti e dei servizi in questione, degli interessi dei consumatori intermedi e finali, nonché del progresso tecnico ed economico purché esso sia a vantaggio del consumatore e non costituisca impedimento alla concorrenza. L'Autorità può valutare gli effetti anticompetitivi di acquisizioni di controllo su imprese di piccole dimensioni caratterizzate da strategie innovative, anche nel campo delle nuove tecnologie».

²⁷ Art. 25 della legge 287/1990, che pone come condizione il fatto che tali concentrazioni «non comportino la eliminazione della concorrenza dal mercato o restrizioni alla concorrenza non strettamente giustificate dagli interessi generali predetti».

discriminatorie o impongono clausole aventi effetti analoghi nei confronti di acquisizioni da parte di imprese o enti italiani»²⁸.

In presenza di un'evidente ritrosia da parte dell'AGCM nell'applicare tali clausole di interesse pubblico²⁹, è stato il legislatore a intervenire con disposizioni normative *ad hoc*, seguendo un percorso addirittura più invasivo dal punto di vista del bilanciamento tra poteri e della necessaria tutela del processo valutativo sulle concentrazioni rispetto a ingerenze politiche esterne.

Un primo caso è avvenuto con l'adozione del decreto-legge 134/2008³⁰ che aveva escluso «dalla necessità dell'autorizzazione di cui alla legge 10 ottobre 1990, n. 287» le operazioni connesse alla ristrutturazione della compagnia aerea di bandiera Alitalia (consistenti nell'acquisizione da parte di Compagnia Aerea Italiana S.p.A. di alcuni rami d'azienda delle società appartenenti ai gruppi di Alitalia e AirOne), in quanto rispondenti a «preminenti interessi generali». Pur escludendo la necessità di una formale autorizzazione da parte dell'AGCM (che, stante la costituzione di un monopolio su talune tratte nelle quali erano attive solamente Alitalia e AirOne, non sarebbe stata prospettabile³¹), la normativa speciale prevedeva comunque

²⁸ La previsione di una clausola di reciprocità a livello europeo è stata proposta da S. JEANA, A. PERROT, T. PHILIPPONC, *Competition and Trade: Which Policies for Europe?*, Les notes du conseil d'analyse économique, n. 51, 2019, secondo cui misure protettive e offensive dell'industria europea sarebbero giustificate dalla scarsa efficacia del quadro normativo internazionale fissato dalla World Trade Organization (WTO) in materia di aiuti pubblici alle imprese.

²⁹ Anzi, è stata proprio l'AGCM a insistere affinché fosse riformata la legge 287/1990, mediante la rimozione del riferimento all'art. 6 al parametro valutativo della competitività dell'industria nazionale e la sostituzione del *test* di dominanza con il *test* SIEC, «nella convinzione che la convergenza fra il sistema europeo e quello nazionale contribuisca all'efficienza nel controllo delle operazioni di concentrazione, in particolare evitando la possibile insorgenza di valutazioni difformi» (AGCM, segnalazione n. AS1730 – *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021*, 22 marzo 2021, § VII).

³⁰ Decreto-legge 28 agosto 2008, n. 134, disposizioni urgenti in materia di ristrutturazione di grandi imprese in crisi, convertito con modificazioni dalla L. 27 ottobre 2008, n. 166 (G.U.R.I. 252 del 27 ottobre 2008).

³¹ F. GHEZZI, M. BOTTA, *Standard di valutazione, interessi nazionali ed operazioni di concentrazione*, cit., secondo cui in un caso come quello di specie, che avrebbe

un obbligo di notifica preventivo della concentrazione, «unitamente alla proposta di misure comportamentali idonee a prevenire il rischio di imposizione di prezzi o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per i consumatori», che l'autorità avrebbe dovuto approvare, con eventuali modifiche, nei trenta giorni successivi³². In questo senso, a salvaguardia della competitività del mercato nel medio-lungo termine, il decreto-legge 134/2008 aveva previsto che, decorso un termine di almeno tre anni, l'AGCM potesse imporre la cessazione di qualsiasi posizione di monopolio che si fosse verificata. Un potere che, in effetti, è stato esercitato dall'AGCM, che nell'aprile del 2012 ha accertato la creazione, per effetto dell'operazione autorizzata *ope legis*, di una posizione di monopolio non contendibile sulla rotta Milano Linate–Roma, e ha dato un termine ad Alitalia per la rimozione di tale posizione³³. Sebbene nel caso *Alitalia* il legislatore aveva previsto una mera sospensione del potere autorizzativo dell'AGCM e un coinvolgimento, seppure ridotto e da esercitarsi *ex post*, della medesima, l'intervento mediante legislazione speciale per derogare alla disciplina sul controllo delle concentrazioni non appare giustificata, nemmeno se si considera la circostanza di crisi che attraversava la compagnia, che lo Stato italiano aveva tentato di risolvere proprio attraverso una distorsione dello scenario competitivo che consentisse ad Alitalia di applicare tariffe sovra-competitive beneficiando del monopolio goduto sulle tratte. Per di più, tale scelta sembra

determinato la costituzione di un monopolio, «non si sarebbe potuta utilizzare la difesa dovuta alle efficienze (perché, se anche se ne fosse mostrata la presenza, con riferimento ad una ipotizzata riduzione dei costi, tali efficienze non sarebbero state a vantaggio dei consumatori), né quella dovuta allo stato di crisi delle imprese interessate – peraltro non contemplata esplicitamente dalla normativa nazionale».

³² Ciò è poi avvenuto con il provvedimento dell'AGCM del 3 dicembre 2008, n. 19248, caso C9812, *Compagnia Aerea Italiana/Alitalia Linee Aeree Italiane -AirOne* (Boll., 46/2008).

³³ Cfr. il provvedimento dell'AGCM dell'11 aprile 2012, n. 23496, caso C9812B, *Monitoraggio post-concentrazione – Compagnia Aerea Italiana / Alitalia-Linee Aeree Italiane – AirOne* (Boll., 15/2012).

aver consolidato la convinzione (rafforzata dalla pronuncia della Corte costituzionale che aveva ritenuto infondata la questione sollevata dal TAR Lazio in merito alla compatibilità della normativa in parola con l'art. 41 della Costituzione³⁴) per cui alla percepita rigidità di un'autorità restia ad applicare standard valutativi diversi da quelli puramente economici si potesse porre rimedio mediante l'adozione di normative speciali³⁵.

In effetti, il caso *Alitalia* non si è dimostrato un *unicum* nell'esperienza nazionale. A distanza di pochi anni, infatti, il decreto-legge 99/2017, nel disciplinare l'acquisizione di Veneto Banca e Banca Popolare di Vicenza da parte del primo gruppo bancario nazionale (Intesa Sanpaolo), disponeva che – laddove l'operazione non fosse stata soggetta al regime autorizzativo previsto dal regolamento europeo sulle concentrazioni – essa dovesse ritenersi

³⁴ Sentenza della Corte costituzionale del 22 luglio 2010, n. 270, rel. Tesaurò. La pronuncia è di sicuro interesse in quanto ricostruisce ampiamente le ragioni sottese alla disciplina del controllo delle concentrazioni, concludendo, anche con un approccio di tipo comparatistico rispetto agli ordinamenti di altre giurisdizioni europee e alla disciplina inclusa nel regolamento (CE) 139/2004, che le concentrazioni fruiscono «di una disciplina complessivamente più flessibile, vuoi in quanto sottoposte ad un controllo ordinariamente, ma non necessariamente, preventivo, vuoi in quanto possono essere, in alcuni casi eccezionali, suscettibili di una valutazione che può adeguatamente tenere conto dell'esigenza di tutelare preminenti interessi generali diversi da quelli collegati all'obiettivo di garantire un assetto competitivo del mercato». D'altra parte, la Corte osservava che il legislatore ha la facoltà di «prevedere la possibilità di autorizzare operazioni di concentrazione in vista del contemperamento con altri interessi costituzionalmente rilevanti», anche se tale intervento normativo deve essere sottoposto a uno stringente scrutinio di ragionevolezza, che nel caso di specie avrebbe dato un esito positivo, stante la «situazione di gravissima crisi di un'impresa [...] che svolgeva un servizio pubblico essenziale del quale doveva essere garantita la continuità [...] peraltro in un settore particolare, notoriamente di importanza strategica per l'economia nazionale». Le ragioni sottese al risanamento di Alitalia sarebbero state pertanto riconducibili all'utilità sociale e ai fini sociali che, ai sensi dell'art. 41 della Costituzione, giustificano «uno specifico, eccezionale, intervento di regolazione estraneo alla sfera di competenza dell'Autorità indipendente». Sulla pronuncia, cfr. M. LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del decreto Alitalia*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, vol. 55, fasc. 4, 2010.

³⁵ Il timore era stato sollevato da L. STECCHETTI, *Law cost: ripercussioni della legge "salva Alitalia"*, in *MCR*, vol. 30, n. 3, 2008, secondo cui se «dovessero ripresentarsi casi analoghi, riguardanti o meno servizi pubblici essenziali, si potrà sempre evocare la possibilità di un nuovo decreto di analogo tenore».

«autorizzata in deroga alle procedure previste dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287, per rilevanti interessi generali dell'economia nazionale»³⁶. Una soluzione ancora più radicale rispetto a quella adottata nel caso *Alitalia*, non essendo in tal caso previsto alcun intervento *ex post* da parte dell'AGCM, né un concomitante potere di prevedere misure correttive o modificative dell'operazione, che contribuì a rafforzare la dimensione del principale gruppo bancario nazionale³⁷. È interessante notare che la stessa AGCM – non senza una forzatura interpretativa – ha ritenuto che tale previsione, in quanto contrastante con l'art. 22 del regolamento (CE) 139/2004, fosse suscettibile di essere disapplicata, e su tale base ha deciso sulla concentrazione, autorizzandola senza condizioni, anche considerando «il contesto e le peculiarità dell'Operazione quali il rischio di una contrazione dell'offerta in assenza della medesima»³⁸.

A tali previsioni normative *ad hoc* si aggiunge altresì quella, introdotta con il decreto-legge 21/2012, che attribuisce al Governo particolari poteri (ivi incluso quello di impedire il perfezionamento di concentrazioni) nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché di taluni ambiti di attività definiti di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle

³⁶ Art. 3, co. 4, decreto-legge 25 giugno 2017, n. 99, Disposizioni urgenti per la liquidazione coatta amministrativa di Banca Popolare di Vicenza S.p.A. e di Veneto Banca S.p.A. (G.U.R.I. 146 del 25 giugno 2017).

³⁷ Come osservano F. GHEZZI, M. BOTTA, *Standard di valutazione, interessi nazionali ed operazioni di concentrazione*, cit., tale circostanza è a maggior ragione «inquietante» se si considera l'art. 20, co. 5-bis, della legge 287/1990 avrebbe eventualmente consentito, all'AGCM di «autorizzare un'operazione di concentrazione riguardante banche o gruppi bancari che determini o rafforzi una posizione dominante, per esigenze di stabilità di uno o più dei soggetti coinvolti».

³⁸ Decisione dell'AGCM del 5 luglio 2017 n. 26658, caso C12103, *Intesa Sanpaolo/Rami Di Azienda Di Banca Popolare Vicenza-Veneto Banca* (Boll., 26/2017). Questo non rappresenta il primo caso di disapplicazione, da parte dell'AGCM, di previsioni normative interne contrastanti con il diritto dell'Unione europea. Sulle conseguenze di tale disapplicazione, cfr. per un riferimento più risalente, G.C. RIZZA, *L'obbligo delle autorità nazionali della concorrenza di disapplicare le norme interne contrarie al Trattato e i conseguenti limiti alla proponibilità della State action defense (Causa C-198/01 CIF/Autorità garante)*, in *Giur. comm.*, fasc. 1, 2004.

comunicazioni³⁹. Tale disciplina – anche conosciuta con il nome *golden power* – sarà oggetto di più ampia trattazione nel § 3.3 del presente Capitolo.

3. Controllo delle concentrazioni, promozione e tutela di interessi pubblici degli Stati membri

3.1. La tutela degli interessi legittimi ai sensi dell'art. 21, § 4, del regolamento (CEE) 139/2004

Allorché si volge lo sguardo all'ordinamento giuridico dell'UE, il modello di controllo degli "interessi legittimi" previsto dal regolamento (CE) 139/2004 – che, sul punto, ripropone quanto era già stato previsto dal regolamento (CEE) 4064/1989 – può essere ricondotto, pur in presenza di alcune peculiarità su cui si dirà poc'anzi, nella categoria dei sistemi "a controllo esterno", dove la dialettica tra la valutazione dell'impatto della concentrazione sulla «concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso», da un lato, e la sussistenza di esigenze di interesse pubblico, dall'altro, vede come interlocutori, rispettivamente, la Commissione europea e i governi degli Stati membri.

Un'importante distinzione interessa, tuttavia, la tipologia (*recte*: la pertinenza) degli interessi che possono essere fatti valere nell'ambito della valutazione delle concentrazioni ai sensi della normativa europea. Infatti, l'art. 21 del regolamento (CE) 139/2004, oltre a prevedere il già descritto principio dello *one-stop shop*⁴⁰, disciplina, al quarto paragrafo, un meccanismo in virtù del quale sono gli Stati membri a poter adottare «opportuni provvedimenti per

³⁹ Decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, Norme in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni (G.U.R.I. n. 63 del 15 marzo 2012). Tale normativa è stata da ultimo modificata e ampliata per effetto dell'adozione del decreto-legge 21 marzo 2022, n. 21, Misure urgenti per contrastare gli effetti economici e umanitari della crisi ucraina (G.U.R.I. n. 67 del 21 marzo 2022).

⁴⁰ Su cui cfr. *supra*, il § 3.2 del Capitolo I.

tutelare interessi legittimi diversi da quelli presi in considerazione dal presente regolamento e compatibili con i principi generali e le altre disposizioni del diritto comunitario».

La norma, peraltro, precisa che sono considerati interessi legittimi «la sicurezza pubblica, la pluralità dei mezzi di informazione, le norme prudenziali»: almeno in linea di principio, tale elencazione non ha carattere esaustivo, essendo lasciata aperta la possibilità che altri interessi pubblici vengano comunicati dallo Stato membro alla Commissione, la quale dispone di un termine di venticinque giorni per decidere se accettare la proposta dello Stato membro, a seguito di un esame circa la loro «compatibilità con i principi generali e le altre disposizioni del diritto comunitario».

3.1.1. La tutela degli interessi “codificati”

Il meccanismo introdotto con l’art. 21, § 4 – anche nota come “clausola inglese” – si caratterizza per un certo *self-restraint* nell’individuazione delle circostanze tali da integrare un interesse legittimo, nonché nelle modalità applicative e nella procedura applicabile al dialogo tra Stato membro e Commissione, tale che, al tempo della sua introduzione, alcuni autori notavano la sussistenza di una considerevole incertezza sulla natura degli interessi tutelati e sulla procedimentalizzazione di tale strumento⁴¹.

Alla luce dell’opacità di tale previsione, alcune precisazioni devono essere svolte in merito ai presupposti applicativi e all’operatività di tale meccanismo. Un primo profilo riguarda l’impatto della clausola inglese sul riparto di competenze operato dal regolamento sulle concentrazioni. Pur non essendo specificato nel testo della norma, la Commissione ha precisato fin da

⁴¹ Lo sottolineano T.A. DOWNES, J. ELLISON, *The legal control of mergers in the EC*, Oxford, 1991, p. 66.

subito⁴² che tale previsione non determina nuovi diritti per gli Stati membri, bensì si limita a riconoscere i poteri dei medesimi di inserirsi nel processo decisionale della Commissione in relazione a determinati aspetti delle operazioni di concentrazione che riguardino il territorio sottoposto alla propria giurisdizione, sulla base di considerazioni diverse da quelle tenute in considerazione dal regolamento (CE) 139/2004. Da ciò consegue che l'esercizio dell'art. 21, § 4, non può tradursi in un potere in capo agli Stati membri di decidere in merito alle concentrazioni di dimensione "comunitaria" che sia assimilabile a quello della Commissione, ovvero a questo concorrente: lo Stato può infatti intervenire solamente in presenza di specifici presupposti e solamente con riferimento all'impatto della concentrazione nell'ambito dell'area geografica del proprio ordinamento. In secondo luogo, e significativamente, l'art. 21, § 4, riconosce agli Stati membri la facoltà di vietare un'operazione di concentrazione o di sottoporne la realizzazione a condizioni e oneri supplementari, ma non di autorizzare concentrazioni che la Commissione abbia vietato in quanto lesiva della concorrenza ai sensi del regolamento (CE) 139/2004⁴³. Pur non essendo espressamente codificato nel regolamento (CE) 139/2004, una soluzione di questo tipo costituisce un corollario del principio del primato del diritto dell'Unione europea sul diritto nazionale degli Stati membri⁴⁴, dal quale deriva l'impossibilità di ritenere in ogni caso prevalente

⁴² Cfr. la dichiarazione interpretativa della Commissione europea sull'art. 21, contenuta nella XIX relazione della Commissione europea sulla politica di concorrenza, Bruxelles-Lussemburgo, 1990.

⁴³ Cfr., *ex multis*, A. JONES, B. SUFRIN, *EU competition law*, cit., p. 1091, dove si legge che l'utilizzo di tale strumento è necessariamente "difensivo".

⁴⁴ Com'è noto, il principio del primato è stato frutto di un processo ermeneutico, che ha portato all'affermazione, sin dalla sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. E.N.E.L.*, ECLI:EU:C:1964:66, della prevalenza del diritto dell'UE sul diritto nazionale, come principio fondamentale nella regolazione dei rapporti tra i due ordinamenti (nazionale ed europeo). Per una riflessione sul tema, *inter alia*, cfr. B. NASCIBENE (a cura di), *Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, Milano, 2015; C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Torino, 2015; A. ARENA, *Sul carattere*

l'interesse pubblico specifico di ciascuno stato sulla tutela di un valore proprio dell'UE, quale è quello della tutela della concorrenza all'interno del mercato interno che è tutelato (anche) dal regolamento sulle concentrazioni.

Un secondo profilo riguarda la precisa individuazione dei presupposti sulla base dei quali lo Stato membro può vietare o condizionare una concentrazione già autorizzata dalla Commissione europea. Come si è visto, alla luce dell'art. 21, § 4, è possibile distinguere tra due macro-categorie di istanze di interesse pubblico, che il legislatore europeo ha inteso codificare, proprio in ragione della descritta mutevolezza di tali interessi in base al contesto socio-politico, storico e geografico.

Con riferimento agli "interessi codificati", il regolamento (CE) 139/2004, fa riferimento, come anticipato, a tre ipotesi specifiche, segnatamente: «la sicurezza pubblica, la pluralità dei mezzi di informazione, le norme prudenziali». Per la nozione di pubblica sicurezza, occorre innanzitutto fare riferimento alle disposizioni in materia di difesa personale; di talché, uno Stato membro può intervenire nei confronti di un'operazione di concentrazione che possa pregiudicare gli interessi fondamentali della propria sicurezza, ad esempio laddove riguardi la produzione o il commercio di armi, di munizioni e di materiale bellico⁴⁵. La Commissione ammette tuttavia che siano addotte anche considerazioni più ampie di pubblica sicurezza, nell'ambito della quale rientrerebbero, ad esempio, la sicurezza di approvvigionamento del paese di un prodotto o servizio ritenuto di interesse vitale o essenziale per la tutela della salute della popolazione, purché, come previsto dall'art. 346, § 1, lett. b, TFUE, queste misure non alterino le condizioni di concorrenza nel mercato interno per

assoluto del primato del diritto dell'Unione europea, in Studi sull'integrazione europea, 2018; P. BARILE (a cura di), Il primato del diritto comunitario e i giudici italiani, Milano, 1978.

⁴⁵ Cfr. Commissione, Dichiarazione interpretativa sull'art. 21, cit., p. 285, ove si legge che «dovrebbe essere rispettata la limitazione prevista da questo articolo per quanto riguarda i prodotti non destinati a fini specificamente bellici».

quanto riguarda i prodotti che non siano destinati a fini specificamente militari⁴⁶.

Quanto alla possibilità di invocare la pluralità dei mezzi di informazione quale ragione di interesse pubblico, la relativa esigenza dovrebbe corrispondere a una legittima preoccupazione di mantenere fonti di informazioni diversificate per garantire il pluralismo di opinione e di espressione.

La terza e ultima categoria riguarda, invece, “norme prudenziali” esistenti negli Stati membri, che la Commissione ha ricondotto, ad esempio, alla prestazioni di servizi finanziari, la cui applicazione è generalmente affidata ad organi nazionali di controllo delle banche, società di borsa e assicurazioni. Esse riguardano, per esempio, i criteri di onorabilità delle persone, la regolarità delle operazioni e le condizioni di solvibilità, che possono costituire ragioni a fondamento di divieti o condizioni apposte dagli organi nazionali a concentrazioni altrimenti autorizzate a livello europeo.

In presenza dei suddetti interessi codificati, la legittimità dell'intervento statale viene affermata in via generale, in quanto essi sono ritenuti dal regolamento (CE) 139/2004 «compatibili con i principi generali e le altre disposizioni del diritto comunitario». Da ciò consegue che gli Stati hanno la facoltà di adottare misure di natura difensiva nei confronti di concentrazioni di dimensione “comunitaria” allorché queste siano giustificate sulla base della pubblica sicurezza, della tutela della pluralità nei mezzi di informazioni ovvero delle norme prudenziali.

3.1.2. La tutela degli interessi “non codificati”

Si è detto poi che il regolamento sulle concentrazioni apre a un intervento in presenza di altri interessi pubblici, anch'esso di natura “difensiva”

⁴⁶ Cfr. J. BOYCE, A.L. SMYTHE, *Merger Control*, in D. BAILEY, L.E. JOHN (a cura di), *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*, VIII, Oxford, 2018, p. 653.

e proponibile entro alcuni limiti stringenti dal punto di vista sia procedurale sia sostanziale, tanto che la sua applicazione si è rivelata del tutto marginale⁴⁷, sebbene tale strumento è quello che, nella *ratio* dell'art. 21 del regolamento, dovrebbe esser utilizzato ogniqualvolta vi siano «ragionevoli dubbi» in merito alla effettiva strumentalità di una misura protettiva statale rispetto a un interesse riconosciuto, ovvero alla conformità di tale misura con i principi di proporzionalità e non discriminazione⁴⁸.

Sotto il primo profilo, si nota subito come lo Stato membro non possa adottare gli opportuni provvedimenti *motu proprio*, ma è tenuto a comunicare l'interesse legittimo alla Commissione, alla cui accettazione – entro un termine di venticinque giorni lavorativi dalla comunicazione dello Stato membro – è subordinata la legittimità dell'intervento statale.

Dal punto di vista sostanziale, invece, si nota come la valutazione della Commissione in merito alle ragioni giustificative addotte dallo Stato membro preveda un «esame della [loro] compatibilità con i principi generali e le altre disposizioni del diritto comunitario»⁴⁹. Si tratta di un parametro valutativo particolarmente stringente, dal quale deriva che la valutazione sulla legittimità dell'intervento statale in presenza di interessi diversi da quelli codificati difficilmente possa portare a un esito positivo. In particolare, il requisito della

⁴⁷ Ad esempio, nel 1999, il Governo inglese ha notificato alla Commissione l'esigenza di adottare alcune misure in relazione volte a mantenere l'integrità del proprio sistema regolamentare nel settore dell'energia mediante la possibilità per le autorità pubbliche nazionali di prevedere alcune modifiche alle licenze dei fornitori di elettricità operanti a livello nazionale. A seguito di un'analisi di siffatte misure, tuttavia, la Commissione, nella decisione 27 gennaio 1999, caso M.1346, *EdF / London Electricity*, ha concluso che le misure proposte, di tipo regolamentare, non rientrassero nel campo di applicazione dell'art. 21 del regolamento (CEE) 4064/1989.

⁴⁸ In questo senso, cfr. la decisione della Commissione del 20 dicembre 2006, caso M.4197, *E.ON Endesa II*, spec. § 27.

⁴⁹ Anche per gli interessi non codificati, il fatto che l'intervento è demandato agli Stati membri (e non espressamente alle autorità garanti della concorrenza nazionali) è indice del fatto che la norma non determina una modifica nel riparto di competenze tra Commissione e autorità nazionali in ambito di controllo delle concentrazioni.

compatibilità con le disposizioni di diritto dell'Unione europea sembra suggerire che venga in rilievo il regime previsto in relazione ai limiti che gli Stati membri possono prevedere rispetto ai diritti di stabilimento (art. 49 TFUE) e libera circolazione dei capitali (art. 64 TFUE) che, com'è noto, impongono stringenti limiti alla libertà degli Stati membri di ostacolare, o anche solo disincentivare, l'accesso o l'esercizio di attività economiche all'interno dell'Unione⁵⁰. Vi è, in particolare, un inestricabile nesso tra la nozione di interessi legittimi previsti dall'art. 21, § 4, del regolamento (CE) 139/2004 e le clausole di eccezione che percorrono trasversalmente l'intera area della libera circolazione e che sono state ulteriormente elaborate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, per essere poi oggetto di codificazione nell'ambito delle direttive di armonizzazione adottate dal legislatore dell'Unione⁵¹.

Una conseguenza di tale assimilazione è, innanzitutto, che restrizioni nazionali alle libertà di circolazione, di prestazione di servizi o di stabilimento che siano risultate incompatibili con il diritto dell'UE alla luce delle citate previsioni non potranno verosimilmente essere impiegate al fine di vietare o condizionare concentrazioni autorizzate dalla Commissione europea⁵².

⁵⁰ Sul punto, per una ricostruzione esaustiva, cfr. M. CONDINANZI, *La libertà di stabilimento*, in G. STROZZI, R. MASTROIANNI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea – Parte speciale*, Torino, 2021.

⁵¹ Cfr., *ex multis*, B. NASCIBENE, *Le eccezioni ai principi. Interessi generali e ordine pubblico*, in F. BESTAGNO, L. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano, 2007, pp. 42 ss.

⁵² In questo senso, A. JONES, B. SUFRIN, *EU competition law*, cit., p. 1092, dove correttamente si osserva che gli stessi concetti di pubblica sicurezza, pluralità dei mezzi di informazione e normativa prudenziale «*are concepts whose specific meaning have developed under [the free movement provisions]*». Cfr. anche OCSE, *Public interest considerations in merger control, Note by the European Union*, WD(2016)11, 2016, dove vi è una presa di posizione istituzionale nel senso che la Commissione europea è particolarmente attenta alla necessità di salvaguardare l'esercizio della libertà di stabilimento e la libera circolazione dei capitali. Le misure nazionali che impediscano o rendano meno attraenti gli investimenti transfrontalieri possono costituire un «ostacolo al commercio» ai sensi dell'articolo 21, di talché la Commissione «esaminerà le misure degli Stati membri che possono interferire con una concentrazione di dimensione comunitaria e valuterà se: (i) la misura costituisce un ostacolo al commercio; (ii) "motivi imperativi di interesse pubblico" possono giustificare tale ostacolo e (iii) la misura è

In secondo luogo, anche per la tutela di interessi legittimi ai sensi dell'art. 21, § 4, troverà applicazione il principio secondo cui le misure adottate dagli Stati membri dovranno essere oggetto di interpretazione restrittiva, che non ne determini la portata in misura ulteriore rispetto a quanto strettamente necessario alla protezione degli interessi tutelati. In particolare, agli Stati membri sarà consentito di tutelare i propri interessi legittimi (siano essi codificati o non codificati) nel rispetto dei principi di non arbitrarietà⁵³ e di proporzionalità⁵⁴, oltre che senza determinare discriminazioni basate sulla nazionalità.

In questo senso, è emblematico il caso *BSCH / Champalimaud*, relativo al veto all'acquisto di alcune imprese bancarie e assicurative lusitane da parte del Banco Santander che era stato imposto dal Ministro delle finanze portoghese, che aveva lamentato la potenziale contrarietà della concentrazione «con l'interesse nazionale in settori strategici essenziali per l'economia e il sistema finanziario portoghese»⁵⁵. In tale circostanza oltre a censurare la violazione

proporzionata e non discriminatoria».

⁵³ Come riportato nella dichiarazione interpretativa sull'art. 21, è fondamentale che «i divieti e le limitazioni poste alla realizzazione di operazioni di concentrazione non costituiscano né un mezzo di discriminazione arbitrario, né una limitazione di fatto nel commercio tra gli Stati membri».

⁵⁴ Sul principio di proporzionalità, in generale, cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, p. 98 ss.; E. CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000; M.C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999; T. TRIDIMAS, *General principles of EU Law*, II ed., Oxford, 2006, p. 193 ss. Con riferimento alla disciplina delle concentrazioni, la Commissione ha osservato, nella citata dichiarazione interpretativa sull'art. 21, che «le misure che possono essere adottate dagli Stati membri devono soddisfare all'esigenza di adeguamento all'obiettivo e limitarsi a quanto strettamente indispensabile per garantire la tutela dell'interesse legittimo considerato. Gli Stati membri devono quindi scegliere, quando sussistano misure alternative, quella obiettivamente meno limitativa per raggiungere lo scopo voluto».

⁵⁵ Decisione della Commissione europea del 20 luglio 1999, caso M.1616, *BSCH / Champalimaud*, § 18. Nel caso di specie, la decisione del Ministero portoghese non era stata notificata alla Commissione europea, con la conseguenza che quest'ultima ne ha successivamente ordinato la sospensione cautelare e, successivamente, il definitivo ritiro. La concentrazione fu definitivamente approvata dalla Commissione e attuata dopo che fu individuata una soluzione negoziata tra il Banco Santander e le autorità

dell'obbligo di *stand-still* previsto dall'art. 21, § 4, in caso di azione motivata da interessi non codificati, la Commissione ha confermato che, in applicazione del principio generale di proporzionalità, le misure che possono essere adottate dagli Stati membri devono essere limitate al minimo necessario per garantire la protezione dell'interesse legittimo dedotto⁵⁶.

Parimenti, nel caso *Secil / Holderbank / Cimpor*⁵⁷, la Commissione ha respinto la presunta necessità di rispettare le norme prudenziali come interesse codificato, poiché nessuna delle parti interessate dalla concentrazione aveva attività nel settore bancario o nella fornitura di servizi assicurativi che sarebbero stati catturati da tali norme prudenziali.

In definitiva, una lettura dell'art. 21, § 4, che tenga in considerazione gli obiettivi intrinseci del diritto della concorrenza, le libertà fondamentali che connotano il mercato interno e il principio di leale cooperazione e che informa i rapporti tra Stati membri e UE⁵⁸, fa sì che la censura delle misure statali di natura difensiva siano necessarie ogniqualvolta vi siano esistenti ragioni ragionevoli

portoghesi.

⁵⁶ Commissione, *BSCH/Champalimaud*, § 32. Nel caso di specie, l'opposizione a una concentrazione «al fine di garantire che tale operazione sia notificata alle autorità prudenziali nazionali violerebbe chiaramente questo principio».

⁵⁷ Decisione della Commissione del 22 novembre 2000, caso M.2054, *Secil/Holderbank/Cimpor*. Sulla sentenza con cui la Corte di giustizia del 22 giugno 2004, causa C-42/01, *Repubblica portoghese c. Commissione*, ECLI:EU:C:2004:379, con cui è stata rigettata l'impugnazione sollevata dalle parti, cfr. T. MÄKELÄ, *The Court of Justice rules for the first time on Article 21(3) of the Merger Regulation in case C-42/01 Portuguese Republic v. Commission*, Competition Policy Newsletter, n. 1, 2005.

⁵⁸ Ai sensi dell'art. 4, § 3, TUE, in particolare, «l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati. Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione. Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione». Sul principio di leale cooperazione in generale, cfr. M. CONDINANZI, *Leale Cooperazione*, in G. AMATO, E. MOAVERO MILANESI, G. PAQUINO, L. REICHLIN (a cura di), *Europa. Un'utopia in costruzione*, Roma, 2018; K. LENAERTS, *Le devoir de loyauté communautaire*, in J. VERHOEVEN (a cura di), *La Loyauté: Mélanges offerts à Etienne Cerexhe*, Bruxelles, 1997.

dubbi sul fatto che le misure adottate dagli Stati membri mirino realmente a proteggere un interesse riconosciuto o siano conformi ai principi di proporzionalità e di non discriminazione⁵⁹.

Un ulteriore limite che si vede apposto alla libertà degli Stati membri di vietare o condizionare concentrazioni oggetto di positiva valutazione in sede europea è ricavabile dal primo periodo dell'art. 21, § 4, in virtù del quale gli interessi legittimi che possono essere fatti valere dagli Stati membri sono «diversi da quelli presi in considerazione dal presente regolamento». Ciò vale, innanzitutto, a impedire alle autorità di nazionali di far valere l'impatto dell'operazione sulla concorrenza quale ragione giustificativa di un intervento di natura difensiva, lasciando così impregiudicata la competenza esclusiva dell'UE a operare tale valutazione sulla base del criterio di valutazione sostanziale e degli orientamenti propri dell'ordinamento europeo⁶⁰. Questo inciso, tuttavia, pone tuttavia un interessante quesito. Si è visto, infatti, che il regolamento (CE) 139/2004, pur ponendo al centro della valutazione sostanziale della Commissione il test SIEC, richiede alla Commissione di inquadrare la propria valutazione nell'ambito generale della realizzazione degli obiettivi fondamentali dell'UE, cristallizzati oggi dall'art. 3 TFUE, che annovera, tra gli altri, la piena occupazione, la qualità dell'ambiente, la salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo e il progresso sociale, scientifico e

⁵⁹ Cfr. Commissione, *E.ON/Endesa*, cit., § 27. Vale tuttavia notare che il riferimento a misure «appropriate» operato dal regolamento sembra lasciare spazi di manovra allo Stato che sono comunque maggiori rispetto a quelli di cui lo Stato può beneficiare nell'ambito della procedura di rinvio regolata dall'art. 4 del regolamento (CE) 139/2004, che parla invece di misure «strettamente necessarie» (in questi termini, E. SCHWARTZ, *Politics as Usual*, cit., p. 658).

⁶⁰ Oltre a salvaguardare la competenza dell'UE rispetto alle concentrazioni di dimensione «comunitaria», ciò si pone, in un certo senso, in linea con la prassi in ambito di libertà economiche fondamentali del mercato interno: come ricorda M. CONDINANZI, *La libertà di stabilimento*, cit., «è stato escluso che misure discriminatorie potessero trovare giustificazione sulla base di considerazioni di tipo economico, comunque ritenute estranee alla nozione di ordine pubblico, la quale finisce così per ricevere una definizione «in negativo»».

tecnologico. È pur vero che, nella prassi, la Commissione non ha mai fatto riferimento a tali obiettivi nella propria attività di controllo delle concentrazioni e che, d'altra parte, il riferimento a tali obiettivi è contenuto in un considerando, sfornito di portata prescrittiva⁶¹. Tuttavia, laddove si adottasse un'interpretazione estensiva e che includesse anche tali obiettivi nell'ambito degli «interessi legittimi [...] presi in considerazione dal presente regolamento», gli Stati membri non sarebbero in grado di sollevare preoccupazioni in relazione agli obiettivi *ex art. 3 TUE*, con un ulteriore e molto significativo restringimento del campo d'azione degli Stati membri⁶², i quali non potrebbero pertanto fare riferimento a istanze meta-concorrenziali afferenti alle medesime aree che costituiscono obiettivi dell'integrazione europea.

In assenza di prese di posizione della Commissione sul tema, la soluzione preferibile sembra essere quella più restrittiva, che annoveri tra gli interessi legittimi esclusi dall'art. 21, § 4, tutti quelli diversi dalla sola tutela della concorrenza effettiva. Un'interpretazione di questo tipo sembra essere maggiormente conforme allo spirito che anima la disciplina sul controllo concentrazioni che, come si è visto, pone al centro un'analisi sostanziale caratterizzata da un test che postula, almeno nella *ratio* del regolamento (CE)

⁶¹ Sul valore giuridico dei considerando, cfr. ad esempio le conclusioni dell'avvocato generale Szpunar del 21 marzo 2019, causa C-673/17, *Verbraucherzentrale Bundesverband e a. c. Planet49 GmbH*, ECLI:EU:C:2019:246, spec. punto 71, dove si chiarisce che essi «non possiedono alcun valore giuridico autonomo, ma che la Corte vi ricorre frequentemente nell'interpretare le disposizioni di un atto giuridico dell'Unione. Nell'ordinamento giuridico dell'Unione, essi sono descrittivi e non hanno natura prescrittiva. Infatti, la questione del loro valore giuridico non insorge normalmente per il semplice motivo che, di solito, i considerando si riflettono nelle disposizioni giuridiche di una direttiva. Una buona prassi legislativa da parte delle istituzioni politiche dell'Unione deve mirare a far sì che i considerando forniscano un quadro utile alle disposizioni di un testo normativo». In senso conforme, proprio con riferimento ai considerando del regolamento (CE) 139/2004, cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 4 marzo 2020, causa C-10/18 P, *Mowi ASA c. Commissione*, ECLI:EU:C:2020:149.

⁶² Secondo D.M. READER, *Revisiting the Role of the Public Interest in Merger Control*, Norwich, 2015, p. 78, con questo approccio si perverrebbe a una situazione «a collo di bottiglia».

139/2004, la sostanziale irrilevanza di istanze meta-concorrenziali. Ciò che rileva, ai nostri fini, è che la norma certamente offre margini di ambiguità tali da renderla suscettibile a mutamenti nella sua applicazione, ad esempio nel senso di riservare all'UE la facoltà di operare una valutazione basata su istanze meta-concorrenziali che siano riconducibili agli obiettivi dell'Unione nel suo complesso di cui all'art. 3 TUE, riducendo ancora di più lo spazio lasciato agli Stati membri per l'adozione di politiche protezionistiche.

3.2. I possibile rimedi in caso di misure adottate in violazione dell'art. 21 del regolamento (CE) 139/2004

Alla luce della particolare essenzialità della "clausola inglese", si capisce perché un problema rilevante è quello che riguarda gli strumenti previsti dall'ordinamento europeo ai fini di assicurare l'effettivo rispetto, da parte degli Stati membri, dei limiti entro cui essi possano tutelare gli «interessi legittimi» codificati dal regolamento (CEE) 139/2004.

In questo senso, sono rari ma non inesistenti i casi in cui la Commissione ha espressamente riconosciuto la legittimità dell'intervento nazionale a tutela di interessi legittimi codificati. Dal punto di vista procedurale, questo è avvenuto talvolta informalmente (senza che ciò fosse esplicitato in un provvedimento *ad hoc*), talaltra mediante l'espressa menzione in una decisione. In tale ultimo caso, peraltro, la Commissione si è espressa sia *ex post* sia *ex ante*. Ad esempio, nel caso *Lyonnaise des Eaux / Northumbrian Water* del 1995, la Commissione ha riconosciuto che le misure adottate dal Governo inglese al fine di tutelare la fornitura di servizi essenziali (nella specie, idrici) erano «appropriate, proporzionate, non discriminatorie e, più in generale, rispettose del diritto comunitario»⁶³. In un altro caso del 2010, nell'autorizzare

⁶³ Decisione della Commissione del 21 dicembre 1995, caso M.567, *Lyonnaise Des Eaux / Northumbrian Water*, § 8.

l'operazione *NewsCorp / BSKyB23*, la Commissione ha riconosciuto che un eventuale e successivo intervento delle autorità britanniche che fosse finalizzato a tutelare il pluralismo dei *media* – espressamente codificato dall'art. 21, § 4 – non sarebbe stato pregiudicato dal provvedimento della Commissione⁶⁴.

Più complesso è il caso in cui l'intervento nazionale non sia svolto in conformità con la disciplina dell'UE. In un siffatto caso, la Commissione ha espressamente riconosciuto di disporre di diversi rimedi a tutela del rispetto del riparto di competenze previsto dal regolamento sulle concentrazioni, tra i quali non sussiste un rapporto di alternatività né di consequenzialità: da un lato, l'adozione di decisioni amministrative con cui viene accertata la violazione da parte dello Stato dell'art. 21, § 4, del regolamento e, dall'altro, l'avvio di procedure di infrazione *ex art. 258 TFUE*⁶⁵.

In primo luogo, quindi, la Commissione ha il potere di adottare provvedimenti con cui accerta la violazione dell'art. 21 del regolamento (CE) 139/2004 ed, eventualmente, ordinare allo Stato membro di ripristinare la situazione antecedente al proprio intervento statale. Nella prassi (per quanto non particolarmente nutrita) che si è sviluppata negli anni, la Commissione ha dimostrato di prediligere tale strumento, in quanto più rapido e diretto rispetto alla più articolata procedura contemplata dall'art. 258 TFUE⁶⁶.

Oltre ai già descritti casi *BSCH / Champalimaud* e *Secil / Holderbank / Cimpor*, sono particolarmente indicative, in relazione all'efficacia del vaglio di rimedi a disposizione della Commissione, le saghe relative all'acquisizione di Endesa, in Spagna, e il caso *Abertis / Autostrade*, in Italia.

⁶⁴ Decisione della Commissione del 21 dicembre 2010, caso M.5932, *NewsCorp/ BSKyB*.

⁶⁵ A questo si aggiungono strumenti più informali, come l'invio di *warning letters* allo Stato membro che abbia adottato, o abbia manifestato l'intenzione di adottare, misure di tipo protezionistico che non rientrino nei limiti previsti dall'art. 21, § 4, del regolamento.

⁶⁶ Cfr. OCSE, *Public interest considerations in merger control*, Note by the European Union, cit., nt. 17.

Il primo caso, che per ampiezza e complessità non che può essere ricostruito per sommi capi in questa sede, riguardava l'acquisizione tramite offerta pubblica di acquisto dell'operatore elettrico spagnolo Endesa. Nella specie, mentre un'offerta di acquisto era risultata soggetta alla sola competenza dell'autorità nazionale spagnola, la Commissione era competente per decidere su un'offerta concorrente formulata dall'operatore tedesco E.ON⁶⁷, che tuttavia il Governo spagnolo aveva ricondotto, attraverso una norma speciale, alla competenza della propria autorità di regolazione energetica, la *Comisión Nacional de la Energía* (CNE). Con una prima decisione⁶⁸, la Commissione ha contestato la decisione con cui la CNE aveva sottoposto a rigide condizioni l'offerta di E.ON (volte dapprima ad impedire l'acquisto di una partecipazione superiore al 10% e poi ad imporre misure discriminatorie e sproporzionate rispetto al denunciato obiettivo di assicurare sufficienti livelli di produzione di energia elettrica in Spagna) e ne ha ordinato il ritiro. Al mancato riscontro da parte delle autorità spagnole, la Commissione ha avviato una procedura di infrazione, poi conclusasi con l'accertamento dell'inadempimento da parte dello Stato spagnolo⁶⁹, per la mancata adozione delle misure richieste dalla precedente decisione e, nel giro di pochi mesi, ha adottato una seconda decisione ai sensi dell'art. 21 in relazione alle ulteriori misure restrittive imposte dal CNE⁷⁰.

⁶⁷ Peraltro approvata con decisione della Commissione del 25 aprile 2006, caso M.4110, *E.ON / Endesa*.

⁶⁸ Decisione della Commissione del 26 settembre 2006, caso M.4197, *E.ON / Endesa* (art. 21).

⁶⁹ Si veda la sentenza della Corte di giustizia del 6 marzo 2008, causa C-196/07, *Commissione c. Regno di Spagna*, ECLI:EU:C:2008:146, con cui la Corte, nel confermare l'incompatibilità con il diritto dell'UE delle misure adottate dalla CNE, ha ribadito il principio per cui, in una situazione in cui lo Stato membro non ha reso noti gli interessi tutelati dalle misure statali, è inevitabile che la Commissione esamini anzitutto se tali misure siano giustificate da uno degli interessi di cui all'art. 21, § 4, secondo periodo, del regolamento sulle concentrazioni.

⁷⁰ Cfr. la decisione della Commissione del 20 dicembre 2006, caso M.4197, *E.ON / Endesa* (art. 21) II. Per un commento sulla vicenda, cfr. F. MARCOS, *When competition is the*

Altro caso emblematico è stato quello che ha riguardato il tentativo dello Stato italiano di bloccare l'acquisto di Autostrade da parte della società spagnola Abertis (Spagna). L'operazione, avente dimensione "comunitaria", era stata autorizzata dalla Commissione nel settembre del 2006⁷¹. Nondimeno, il Governo italiano, che fin da subito aveva mostrato una certa ostilità nei confronti dell'operazione⁷², vi pose un freno, nella forma di un parere negativo fornito dal Ministro dell'economia e dal Ministro per le infrastrutture all'ANAS, che vietò l'operazione, paventando conflitti di interesse e il rischio di incapacità di soddisfacimento dei requisiti regolamentari da parte del nuovo entrante. Una volta resa edotta della decisione, la Commissione informava lo Stato italiano della propria preliminare valutazione circa la violazione dell'obbligo di *standstill* previsto dall'art. 21, § 4, del regolamento e del fatto che, in ogni caso, le ragioni addotte dallo Stato italiano apparivano generiche e non riconducibili a quelle che avrebbero fondato una legittima misura "protettiva"⁷³. L'intervento della Commissione determinò un repentino passo indietro da parte dello Stato italiano⁷⁴, sebbene taluni ostacoli al perfezionamento dell'operazione

last concern: the battle for the control of Endesa, Working paper IE Law School AJ8-189, 3 settembre 2012.

⁷¹ Decisione della Commissione del 22 settembre 2006, caso M.4249, *Abertis / Autostrade*.

⁷² Cfr. *La Stampa*, *Autostrade-Abertis addio*, 14 dicembre 2006, dove si riporta che il fallimento dell'operazione fu imputato, da parte del consiglio di amministrazione di Autostrade, al «clima ostile delle istituzioni»; *Il Sole 24 Ore*, *Perché le convenzioni autostradali sono segrete*, 17 agosto 2018, che parla addirittura di «furia mostrata nel 2006 da Antonio Di Pietro nei panni di ministro delle Infrastrutture nel fermare la prima operazione Autostrade-Abertis».

⁷³ Si veda il comunicato stampa della Commissione del 18 ottobre 2006, Fusioni: la Commissione manda all'Italia l'esame preliminare relativo a misure volte a bloccare la fusione Abertis-Autostrade, IP/06/1418, dove si riporta la «conclusione preliminare che l'Italia ha violato l'articolo 21 del regolamento concentrazioni per aver posto ostacoli ingiustificati alla fusione tra la spagnola Abertis e l'italiana Autostrade», alla luce in particolare della considerazione che quelle adottate dal Governo italiano non fossero «misure appropriate per la tutela di interessi legittimi compatibili con i principi generali e le altre disposizioni di diritto comunitario».

⁷⁴ Cfr. il comunicato stampa della Commissione europea del 7 novembre 2006, *Mergers: Commissioner Kroes welcomes withdrawal of obstacles to Abertis-Autostrade merger*

continuavano a sussistere, come riconosciuto dalla Commissione in una seconda lettera dell'anno successivo⁷⁵, oggetto di archiviazione a seguito dell'adozione da parte dello Stato italiano di misure volte a chiarire il contesto giuridico per le autorizzazioni di trasferimento di concessioni autostradali in Italia⁷⁶.

Il caso *Abertis / Autostrade* non è l'unico che, a seguito un dialogo informale tra la Commissione e lo Stato membro, si sia concluso senza l'adozione una decisione *ex art. 21* del regolamento (CE) 139/2004 né l'avvio di una procedura di infrazione. Contatti, anche su base informale, tra Commissione e Stati membri sono anche stati frequenti nel corso di periodi di crisi ai quali alcuni Stati membri hanno reagito attraverso politiche protezionistiche. Ciò è avvenuto, ad esempio, nell'ambito di alcune vicende relative al settore bancario tra il 2005 e il 2007⁷⁷. Il tema è poi riemerso in tempi recenti, allorché la crisi determinata dalla pandemia da Covid-19⁷⁸ ha determinato un generale allentamento della rigidità valutativa disciplina sulle

and offer of full cooperation, MEMO/06/414. In particolare, Cfr. anche C. SCARPA, *Lo strano caso di Autostrade-Abertis. Una love story dal finale aperto*, in MCR, vol. 1, 2007.

⁷⁵ Comunicato stampa della Commissione del 31 gennaio 2007, Concentrazioni: La Commissione invia all'Italia una nuova valutazione preliminare sulle misure che bloccano la concentrazione Abertis-Autostrade, IP/07/117.

⁷⁶ Si veda la sentenza del Tribunale del 2 settembre 2010, causa T-58/09, *Schemaventotto SpA c. Commissione*, ECLI:EU:T:2010:342.

⁷⁷ Cfr. E. ZAERA CUADRADO, *Italian cross-border banking mergers: a case for Article 21 of the Merger Regulation?*, Competition Policy Newsletter, n. 3, 2005, che riporta in questo senso le operazioni relative all'acquisizione di BNL e Banca Antonveneta da parte di, rispettivamente, BBVA e ABN AMRO, entrambe inizialmente autorizzate a livello UE (con decisioni della Commissione del 27 aprile 2005, casi M.3768, *BBVA / BNL*, e M.3780, *ABN AMRO / Banca Antonveneta*) e bloccate dalla Banca d'Italia per una manifestata preferenza verso un consolidamento interno del settore bancario.

⁷⁸ Sull'impatto della pandemia da Covid-19 sulla disciplina del diritto delle concentrazioni, cfr. A. PEZZOLI, A. TONAZZI, *La sfida della «normalità». Concorrenza e intervento pubblico nel post-Covid. È possibile andare oltre l'intreccio tra monopolio e assistenzialismo?*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, vol. XIX, n. 2; N. PETIT, J. PADILLA, *Competition policy and the Covid-19 opportunity*, in *Concurrences*, fasc. 2, 2020; A. SCETTINO, *Le deroghe antitrust per le concentrazioni nazionali di salvataggio: potenziali criticità, possibili contemperamenti*, in *DUE*, fasc. 4, 2020; A. PEZZOLI, *La politica della concorrenza ai tempi del virus e la rilegittimazione dell'intervento pubblico*, in MCR, 2020.

concentrazioni su scala europea, vuoi per la riemersione di *failing firm defences*, vuoi per l'adozione da parte degli Stati membri di politiche protezionistiche finalizzate a tutelare le proprie economie nazionali a fronte dello *shock* economico determinato dalla pandemia⁷⁹.

3.3. (segue) La difficoltà di assicurare un controllo efficace e l'ipotesi di un maggiore coordinamento

Ciò che è stato sin qui esposto mostra che il quadro normativo di diritto dell'UE in materia di controllo delle concentrazioni non consente di escludere che, da parte degli Stati membri, la materia possa essere oggetto di deroghe, disapplicazioni o interpretazioni profondamente divergenti da quelle che fondano la disciplina di cui al regolamento (CEE) 139/2004.

Una delle principali ragioni, si è visto, è l'assenza di un processo di armonizzazione come quello che ha interessato la disciplina del *public enforcement* degli artt. 101 e 102 TFUE. Questo ha fatto sì che, in numerose giurisdizioni europee, le norme interne in materia di controllo delle concentrazioni siano state redatte in modo da consentire un ampio arbitraggio politico sulle decisioni delle AGN che coinvolgono interessi nazionali ritenuti particolarmente critici da parte delle formazioni politiche di volta in volta al potere. In questo senso, vicende come il caso *E.ON / Endesa* in Spagna o *Abertis / Autostrade* in Italia non sono che i casi più eclatanti di una tendenza che

⁷⁹ Ne è testimonianza la decisione della Commissione del 21 febbraio 2022, caso M.10494, *VIG / Aegon CEE (art. 21)*, non ancora pubblicata, con cui la Commissione ha ritenuto che la decisione dell'Ungheria di bloccare, ai sensi della propria normativa sugli investimenti esteri diretti introdotta nel corso della pandemia, l'acquisizione di società ungheresi operanti nel settore assicurativo da parte di un gruppo austriaco (operazione che era stata autorizzata con decisione della Commissione del 12 agosto 2021, caso M.10102, *VIG / Aegon CEE*) consistesse in una violazione dell'art. 21 del regolamento (CE) 139/2004. In particolare, secondo la Commissione, l'intervento dello Stato ungherese non poteva essere in alcun modo ricondotto agli interessi "codificati", con la conseguenza che il medesimo avrebbe dovuto essere preventivamente comunicato alla Commissione.

attraversa tutta l'UE, e che nei paesi dell'Europa orientale trova anche espressioni più significative⁸⁰. In altre giurisdizioni, peraltro, la mancanza di clausole di interesse pubblico all'interno della normativa nazionale non ha impedito alle autorità politiche di intervenire *ad hoc* attraverso normative speciali. In secondo luogo, anche con riferimento alle operazioni di dimensione "comunitaria", che la normativa europea ha attribuito alla competenza esclusiva della Commissione, lo strumento di cui all'art. 21, § 4, del regolamento (CEE) 139/2004 non sembra aver fornito sufficienti garanzie, né in termini di identificazione dei margini e delle modalità entro cui esso può essere adottato (vista l'esiguità nei casi nei quali esso risulta essere stato correttamente utilizzato dagli Stati membri), né come base legale per un eventuale azione di tipo rimediabile da parte della Commissione.

In questo scenario, peraltro, un aggiuntivo elemento di preoccupazione è rappresentato dall'emersione di normative nazionali finalizzate a consentire agli Stati membri di operare un controllo di natura preventiva e un intervento sugli investimenti esteri diretti. Il tema, ricondotto talvolta al concetto di *golden share* o *golden power*, non coincide del tutto con quello delle concentrazioni, interessandolo solo parzialmente e ricomprendendo al suo interno anche fenomeni di circolazione di capitali non aventi di per sé natura concentrativa⁸¹. Il tema della legittimità di misure nazionali che prevedano regimi di controllo

⁸⁰ Secondo D. READER, *Accommodating Public Interest Considerations*, cit., pp. 31-32, «*public interest criteria appear to display a high degree of influence in the merger regimes concentrated around Africa, Southeast Asia and, to a lesser degree, Eastern Europe*». Ad esempio, per l'esperienza ungherese, cfr. K.J. CSERES, *Rule of Law Challenges and the Enforcement of EU Competition Law: a case-study of Hungary and its implications for EU law*, in *The Competition Law Review*, vol. 14, n. 1, 2019.

⁸¹ G. SCARCHILLO, *Golden powers e settori strategici nella prospettiva europea: il caso Huawei. Un primo commento al regolamento (UE) 2019/452 sul controllo degli investimenti esteri diretti*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc. 2, 2020, nt. 1, che riconduce il recente successo del fenomeno a un più generale ripensamento del modello non interventista dello Stato nell'economia, a seguito del quale si sarebbe rivalutata l'opportunità di fare uso di tale «poderoso strumento per governare i fenomeni economici».

degli investimenti esteri – siano essi intra-UE o extra-UE, diretti o “di portafoglio” – solleva infatti questioni di ben più ampio respiro, che interessano il rapporto tra la “sovranità” europea e quella nazionale⁸², nonché l’esercizio da parte dell’UE della competenza esclusiva in materia di politica commerciale comune di cui all’art. 207 TFUE⁸³. Ciò che, in questa sede, preme osservare è la frammentazione il forte decentramento che caratterizzano l’UE, a causa di legislazioni nazionali che prevedono regimi di *screening* degli investimenti esteri molto diversi tra loro. Secondo uno studio del 2017, almeno undici Stati membri hanno adottato regimi normativi volti ad attribuire allo Stato un controllo degli investimenti⁸⁴. Tali normative divergono su molteplici profili, come la provenienza dell’investimento estero oggetto di scrutinio (potendo tali norme riguardare solo investimenti extra-UE ovvero investimenti sia extra-UE sia intraeuropei), la natura dell’interesse tutelato dal regime di *screening* (che, come si è detto poc’anzi, costituisce un dato caratterizzato da un’intrinseca relatività storica e geografica), i poteri che le procedure attribuiscono agli Stati e, specularmente, gli obblighi (informativi, di *stand-still*) gravanti sulle imprese

⁸² Per un recente inquadramento del tema, da una prospettiva nazionale, cfr. R. GAROFOLI, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in *Federalismi.it*, n. 17, 2019; G. NAPOLITANO, *Il regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti: alla ricerca di una sovranità europea nell’arena economica globale*, in *Riv. reg. merc.*, fasc. 1, 2019; ID., *Foreign direct investments screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, Bologna, 2020. Dalla prospettiva europea, cfr. T. VERELLEN, *When Integration by Stealth Meets Public Security: The EU Foreign Direct Investment Screening Regulation*, in *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 48, n. 1, 2021.

⁸³ Cfr., sul tema, D. GALLO, *Sovranità (europea?) e controllo degli investimenti esteri*, in *I Post di AISDUE*, IV, 2022; M. LAMANDINI, *Golden share e libera circolazione dei capitali in Europa e in Italia*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc. 5, 2016.

⁸⁴ Si veda il documento di lavoro della Commissione europea del 13 settembre 2017, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a framework for screening of foreign direct investments into the European Union*, SWD(2017) 297, 2017. Gli ordinamenti in cui risultano essere in vigore normative di controllo degli investimenti esteri sono, in particolare, Austria, Danimarca, Germania, Finlandia, Francia, Lettonia, Lituania, Italia, Polonia, Portogallo, Spagna, cui si aggiungeva, al tempo, anche il Regno Unito.

interessate, nonché la natura di investimenti esteri (diretti o “di portafoglio”⁸⁵) che vengono sottoposti al controllo statale.

La frammentazione della materia, unitamente ai numerosi moniti della Corte di giustizia, che in plurime occasioni ne ha sancito la violazione con le libertà fondamentali di circolazione dei capitali (art. 63 TFUE), di stabilimento (art. 49 TFUE) e di prestazione dei servizi (art. 56 TFUE)⁸⁶, ha portato infine il legislatore europeo a perseguire la strada della regolazione.

Così, con l’adozione del regolamento (UE) 452/2019 è stato istituito un quadro europeo per il controllo degli investimenti stranieri diretti nell’Unione europea⁸⁷. Il regolamento (UE) 452/2019, pur non introducendo un meccanismo

⁸⁵ Come è stato chiarito dalla Corte di giustizia in più occasioni, fino all’introduzione di una normativa di armonizzazione la nozione di investimenti esteri andava ricondotta alla nomenclatura dei movimenti dei capitali di cui all’allegato I della direttiva 88/361/CEE del Consiglio del 24 giugno 1988 per l’attuazione dell’articolo 67 del Trattato (G.U.C.E. L 178 dell’8 luglio 1988), che distingue all’uopo tra investimenti diretti e operazioni mobiliari o investimenti “di portafoglio” (*ex multis*, cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 22 ottobre 2013, cause riunite da C-105 a C-107/12, *Essent e a.*, ECLI:EU:C:2013:677, spec. punto 40; nonché il parere 2/15 della Corte del 16 maggio 2017 sull’Accordo di libero scambio tra l’Unione europea e la Repubblica di Singapore, ECLI:EU:C:2017:376, spec. punti 225 ss.).

⁸⁶ Si vedano le sentenze, pronunciate dalla Corte di giustizia nell’ambito di procedure di infrazione, del 4 giugno 2002, causa C-483/99, *Commissione c. Francia*, ECLI:EU:C:2002:327; del 13 maggio 2003, causa C-463/00, *Commissione c. Regno di Spagna*, ECLI:EU:C:2003:272; del 13 maggio 2003, causa C-98/01, *Commissione c. Regno Unito*, ECLI:EU:C:2003:273; del 28 settembre 2006, cause riunite C-282/04 e C-283/04, *Commissione c. Regno dei Paesi Bassi*, ECLI:EU:C:2006:608; del 23 ottobre 2007, causa C-112/05, *Commissione c. Repubblica Federale di Germania*, ECLI:EU:C:2007:623; del 26 marzo 2009, causa C-326/07, *Commissione c. Repubblica italiana*, ECLI:EU:C:2009:193. Sulla portata di tale giurisprudenza, cfr. M. CASTELLANETA, *Il sistema del golden shares alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Studi e materiali. Quaderni trimestrali. Consiglio Nazionale del Notariato*, IV, 2008; T. BALLARINO, L. BELLODI, *La golden share nel diritto comunitario*, in *Riv. soc.*, vol. 1, 2005.

⁸⁷ Regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell’Unione (G.U.U.E. L 79/1, 21 marzo 2019). Al regolamento ha fatto seguito altresì la pubblicazione degli orientamenti della Commissione europea agli Stati membri per quanto riguarda gli investimenti esteri diretti e la libera circolazione dei capitali provenienti da paesi terzi, nonché la protezione delle attività strategiche europee, in vista dell’applicazione del regolamento (UE) 2019/452 (G.U.E. C 99/1 del 26 marzo 2020). Per una panoramica dell’entità dell’attività svolta nel primo anno di applicazione del regolamento, si veda la prima relazione annuale della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sul controllo degli investimenti esteri diretti nell’Unione,

di controllo “comunitario” degli investimenti stranieri, riconosce in astratto la legittimità di tale scrutinio se finalizzato alla tutela dell’ordine pubblico o della sicurezza nazionale⁸⁸ e interviene, nella sostanza, su tre versanti. In primo luogo, esso opera una procedimentalizzazione dei meccanismi di controllo degli investimenti esteri, che devono essere trasparenti e non discriminatori tra paesi terzi (art. 3, § 2), svolti entro «termini temporali» prestabiliti normativamente (art. 3, § 3) e soggetti a possibilità di ricorso (art. 3, § 5). In questo senso, il regolamento (UE) 452/2019 prevede un obbligo di notifica degli Stati membri alla Commissione dei propri meccanismi di controllo e di ogni modifica che questi dovessero subire. In secondo luogo, è istituzionalizzato un meccanismo di cooperazione tra Stati membri e UE, che è incentrato sull’obbligo di notifica preventiva da parte degli Stati membri e dalla possibilità per la Commissione (oltre che per gli Stati membri diversi da quello interessato dall’investimento) di adottare un parere⁸⁹. Infine, la norma individua alcuni fattori, non tassativi, che lo Stato membro può tenere in considerazione nel determinare se un investimento estero diretto possa incidere sulla sicurezza o sull’ordine pubblico⁹⁰.

Nel regolamento (UE) 452/2019 è dato atto delle possibili intersezioni tra la disciplina del controllo degli investimenti esteri e le misure di tipo protezionistico che possono essere adottate in occasione dell’esercizio delle prerogative statali in materia di controllo delle concentrazioni. Il considerando

COM/2021/714, 2021.

⁸⁸ Ai sensi dell’art. 3, § 1, in particolare, «gli Stati membri possono mantenere, modificare o adottare meccanismi per controllare gli investimenti esteri diretti nel loro territorio per motivi di sicurezza o di ordine pubblico».

⁸⁹ A ciò sono dedicati gli artt. 6 e 7 del regolamento (UE) 452/2019.

⁹⁰ Cfr. l’art. 4 del regolamento (UE) 452/2019, il cui considerando n. 7 chiarisce che tale oggettivazione «non pregiudica la responsabilità esclusiva degli Stati membri per quanto riguarda la tutela della loro sicurezza nazionale, in conformità dell’articolo 4, paragrafo 2, TUE, così come non pregiudica la tutela degli interessi essenziali della sicurezza degli Stati membri conformemente all’articolo 346 TFUE».

n. 36, infatti, prevede che se un investimento estero diretto costituisce una concentrazione che rientra nell'ambito di applicazione del regolamento (CE) 139/2004, la disciplina sul controllo degli investimenti esteri dovrebbe essere applicata «facendo salva» l'applicazione dell'art. 21, § 4. Più in generale, le due norme, così come «i motivi del controllo di cui all'articolo 1 del presente regolamento e il concetto di interessi legittimi ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 4, terzo comma, del regolamento (CE) n. 139/2004 dovrebbero essere interpretati in maniera uniforme, fatta salva la valutazione della compatibilità dei provvedimenti nazionali intesi a tutelare tali interessi con i principi generali e le altre disposizioni del diritto dell'Unione». La norma è significativa – per quanto vaga e incapace di risolvere le eventuali frizioni tra i due regimi⁹¹ – in quanto mostra l'esigenza di assicurare un quadro regolamentare e normativo in relazione ai poteri attribuiti alle istituzioni europee e alle autorità nazionali che sia coerente e coordinato e, soprattutto, consenta di garantire la certezza del diritto, non solo a beneficio degli investitori ma anche dell'economia dell'UE, che, come osservato in premessa del medesimo regolamento, non può che trarre giovamento dagli investimenti esteri, i quali «contribuiscono alla crescita dell'Unione rafforzandone la competitività, creando posti di lavoro ed economie di scala, apportando capitali, tecnologie, innovazione e competenze e aprendo nuovi mercati per le esportazioni dell'Unione»⁹².

4. Controllo delle concentrazioni e interesse pubblico dell'Unione europea

⁹¹ Tant'è che, nella prima relazione sull'applicazione del regolamento (UE) 452/2019 citata *supra*, la Commissione ha annoverato, tra le problematiche connesse a tale regime, «la precisa interazione tra il regolamento e altri strumenti politici e autorità di regolamentazione [...] ad esempio in materia di controllo delle concentrazioni», osservando che tale questione «potrebbe essere ulteriormente discussa, tra l'altro in seno al gruppo di esperti».

⁹² Considerando n. 1 regolamento (UE) 452/2019.

La recente legislazione europea in materia di controllo degli investimenti esteri diretti fornisce lo spunto per spostare lo sguardo sugli spazi che il diritto dell'UE dedica alla tutela non di interessi meta-concorrenziali propri degli Stati membri, bensì dell'Unione europea stessa.

Infatti, tra le previsioni incluse nel regolamento (UE) 452/2019 vi è altresì la possibilità per la Commissione di fornire un parere allo Stato membro in cui l'investimento estero diretto è in programma o è stato realizzato, allorché ritenga che un investimento estero diretto possa incidere «su progetti o programmi di interesse per l'Unione per motivi di sicurezza o di ordine pubblico»⁹³. Tale previsione, di «assoluta novità»⁹⁴, introduce quindi una forma di cooperazione verticale e attribuisce alla Commissione la facoltà di adottare un atto tipico, per quanto non vincolante *ex art.* 288 TFUE (sebbene lo Stato debba prenderlo «nella massima considerazione» e debba motivare il mancato adeguamento). Tale cooperazione è delimitata dall'unico allegato del regolamento, che elenca progetti o programmi di interesse per l'UE, individuati tra quelli che comportano un importo consistente o una quota significativa di finanziamenti dell'Unione o quelli che rientrano nel diritto dell'Unione in materia di infrastrutture critiche, tecnologie critiche o fattori produttivi critici che sono essenziali per la sicurezza e l'ordine pubblico⁹⁵.

⁹³ Art. 8 del regolamento (UE) 452/2019.

⁹⁴ G. SCARCHILLO, *Golden powers e settori strategici nella prospettiva europea*, cit., che enfatizza la centralità del ruolo della Commissione per la tutela degli interessi dell'UE.

⁹⁵ Tale allegato è già stato aggiornato, da ultimo per effetto del regolamento delegato (UE) 2021/2126 della Commissione del 29 settembre 2021 che modifica l'allegato del regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione (G.U.U.E. L 432, 3 dicembre 2021). Tra i progetti strategici coperti da tale previsione vi sono, oggi, i programmi spaziali e satellitari Galileo, EGNOS, Copernicus e GOVSATCOM, i programmi per l'innovazione Orizzonte 2020 e Orizzonte Europa, il Programma EURATOM di ricerca e formazione 2021-2025, le reti transeuropee dei trasporti (TEN-T), dell'energia (TEN-E) e delle telecomunicazioni, il Meccanismo per collegare l'Europa (che finanzia progetti chiave nei settori dei trasporti, dell'energia e digitale), il programma Europa digitale, il programma europeo di sviluppo del settore industriale della difesa, nonché l'azione preparatoria sulla ricerca in materia di difesa, il

L'attenzione posta dal legislatore europeo sulla tutela dei programmi e degli interessi dell'UE nell'ambito dello *screening* degli investimenti esteri diretti legittima una riflessione ulteriore, sull'opportunità e sulla percorribilità di una valutazione di questo tipo (che consenta, quindi, di considerare anche interessi propri dell'UE e non dei singoli Stati membri) anche nell'ambito del processo valutativo delle concentrazioni.

4.1. La questione delle finalità intrinseche alla disciplina antitrust

In questo senso, una questione di natura preliminare è data, ad avviso di chi scrive, della definizione di cosa possa costituire un "interesse pubblico" proprio dell'UE, la cui protezione, o promozione, possa astrattamente essere demandata alla Commissione nell'esercizio delle proprie competenze ai sensi del regolamento (CE) 139/2004.

La relatività di tale concetto all'interno degli orientamenti nazionali si riscontra, infatti, anche rispetto all'Unione europea nel suo complesso, in quanto ordinamento «di nuovo genere»⁹⁶ dotato di un sistema proprio di valori, interessi e priorità⁹⁷.

In questo senso, le difficoltà sottese alla definizione "positiva" di tale concetto suggerisce l'adozione di un approccio che consenta di individuare gli interessi pubblici per esclusione, rispetto alle istanze e ai valori che, invece,

Fondo europeo per la difesa, la Cooperazione strutturata permanente (PESCO), l'impresa comune europea per ITER e, infine, il programma UE per la salute (EU4Health).

⁹⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963, causa C-26/62, *Van Gend en Loos c. Administratie der Belastingen*, ECLI:EU:C:1963:1.

⁹⁷ Un esplicito riferimento ad un «interesse pubblico comunitario» in materia di concorrenza è previsto, ad esempio, al considerando n. 14 del regolamento (CE) 1/2003, dove è previsto che, sulla base di tale interesse, la Commissione possa adottare decisioni di natura dichiarativa in ordine all'inapplicabilità dei divieti di cui agli artt. 101 e 102 TFUE. Su tale previsione, si vedano ad esempio le conclusioni dell'avvocato generale Mazák del 7 dicembre 2010, causa C-375/09, *Tele2 Polska*, ECLI:EU:C:2010:743.

direttamente informano l'applicazione delle norme relative al controllo delle concentrazioni tra imprese.

Anche tale metodologia, che richiede che vengano individuato con precisione le finalità in effetti perseguite nell'applicazione del diritto antitrust, non è tuttavia scevra di insidie. In tal modo, infatti, la questione finisce con investire le stesse fondamenta della disciplina antitrust europea che, come detto, costituisce la sintesi tra diverse concezioni delle finalità del diritto concorrenza, o comunque una rielaborazione delle stesse nel quadro dei valori su cui si poggia l'Unione europea stessa⁹⁸.

4.1.1. Efficienza, benessere del consumatore e istanze meta-concorrenziali sociale nella politica antitrust dell'UE: profili evolutivi

Quella relativa alla finalità del diritto antitrust è una questione che interessa gli studiosi della materia fin dalle sue origini e che ha fornito diverse soluzioni agli interrogativi relativi alle finalità e alle priorità che le politiche di concorrenza debbono perseguire. Di alcune delle scuole di pensiero, come la Scuola di Chicago e ordoliberalismo tedesco, che hanno fortemente influenzato l'evoluzione del diritto della concorrenza e la definizione delle priorità che questo persegue si è già detto in precedenza⁹⁹.

Da un punto di vista sistematico, preme qui ricordare che i Trattati attribuiscono al mantenimento di una concorrenza effettiva e di un *level playing field* all'interno dell'UE una portata *lato sensu* costituzionale, ancorché strumentale alla realizzazione del mercato interno. In particolare, l'art. 3, § 3,

⁹⁸ Come osserva R. PARDOLESI, *Hipster Antitrust e sconvolgimenti tettonici: back to the future?*, in *MCR*, fasc. 1, 2019, p. 82, il diritto della concorrenza – almeno nella sua declinazione conosciuta dall'ordinamento giuridico dell'UE – è emerso «dalla confusione e dal disordine della pluralità di obiettivi perseguiti in passato nel momento stesso in cui ha assunto, quale “stella polare”, il benessere dei consumatori in quanto formula riassuntiva dell'efficienza allocativa».

⁹⁹ Cfr., in particolare, il § 2.2 del Capitolo I.

del TUE prevede che l'Unione si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, oltre che «su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva», mediante la quale essa mira a obiettivi quali la piena occupazione, il progresso sociale, la tutela della qualità dell'ambiente e il progresso scientifico e tecnologico¹⁰⁰. Parimenti, l'art. 3, § 1, del TFUE attribuisce all'UE la competenza esclusiva nella «definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno». Sono poi diverse le norme del TFUE che fanno riferimento alla concorrenza come una cornice entro cui condurre altre politiche europee: si vedano, ad esempio, le previsioni in materia di politica economica e monetaria, che fanno riferimento, quale cornice generale, a «un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza» (artt. 119 e 127 TFUE), ovvero a quelle che riguardano le politiche industriali e le cooperazioni rafforzate, per cui è imposto come limite proprio quello della realizzazioni di «distorsioni di concorrenza» (art. 173 e 326 TFUE).

Il diritto primario dell'UE individua, pertanto, la concorrenza come un obiettivo principale, ma non elabora con precisione il significato di questo concetto, né le norme adottate in materia di concorrenza (segnatamente, il Capo 1 del Titolo VII del TFUE) delimitano con precisione la portata degli scopi che la tutela della medesima si prefigge.

Se si considera l'esperienza europea, è possibile distinguere diverse fasi in cui la politica della concorrenza ha seguito diversi obiettivi e funzioni¹⁰¹. In

¹⁰⁰ Di ciò è fatto menzione anche nel protocollo n. 27 allegato ai Trattati, secondo cui «il mercato interno ai sensi dell'articolo 3 del trattato sull'Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata» e, su tale base, attribuisce all'Unione il potere di adottare «se necessario, misure in base alle disposizioni dei trattati, ivi compreso l'articolo 352 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea».

¹⁰¹ Così, B. VAN ROMPUY, *Economic Efficiency: The Sole Concern of Modern Antitrust Policy? Non-efficiency Considerations under Article 101 TFEU*, Alphen aan der Rijn, 2012. Si veda anche P. MANZINI, *The Goals of EU Competition Law*, in B. CORTESE (a cura di), *EU Competition Law: Between Public and Private Enforcement*, Alphen aan den Rijn, 2013.

una prima fase “fondativa”, che avrebbe avuto luogo dalla nascita delle Comunità europee fino alla metà anni Settanta, sarebbe stato centrale l’obiettivo dell’integrazione europea, rispetto alla quale la disciplina antitrust si poneva in rapporto di strumentalità. In un momento storico in cui le industrie erano stabilite all’interno dei confini nazionali, la nascente Comunità si poneva l’ambizioso obiettivo di farle trascendere tali confini, e la politica di concorrenza aveva una funzione prevalentemente servente rispetto a tale obiettivo. Ciò aveva determinato un evidente *favor* rispetto alle concentrazioni (tradottosi in un ritardo nell’adozione di una disciplina di diritto derivato) ed è altresì dimostrato dall’enfasi che fu posta in quello stesso periodo sulle restrizioni verticali e sulle condotte relative ai diritti proprietà intellettuale, che erano visti come ostacoli al commercio transfrontaliero¹⁰². In questo contesto, la politica della concorrenza si è sviluppata attribuendo inizialmente una particolare enfasi alla definizione dei fondamenti giuridici, più che sulla solidità economica, delle teorie del danno sulla base delle quali la Commissione attuava quelli che poi sarebbero divenuti gli artt. 101 e 102 TFUE.

Tuttavia, con i progressi verso la realizzazione del mercato interno, l’importanza relativa dell’obiettivo di integrazione dei mercati è scemata. Questo non è avvenuto all’improvviso: a partire dagli anni Settanta e fino alla metà del decennio successivo (negli anni in cui, tra le altre cose, veniva adottato l’Atto Unico Europeo proprio al fine di rilanciare l’integrazione europea e di completare il progetto del mercato interno), la politica di concorrenza ha virato verso la ricerca dei propri obiettivi e si è progressivamente configurata come strumento non solo per la piena realizzazione del mercato interno dell’UE ma anche per il mantenimento di assetti competitivi riconducibili a quella *workable competition* che, come è stata descritta dalla Corte di giustizia nella nota sentenza

¹⁰² Cfr. OCSE, *European Commission - Peer Review of Competition Law and Policy*, 2005, pp. 14 ss.

Metro I, deve essere «sufficiente a far ritenere che siano rispettate le esigenze fondamentali e conseguite le finalità del trattato»¹⁰³. In questa fase, che è caratterizzata anche dall'adozione del primo regolamento sulle concentrazioni, il modello "efficientista" della Scuola di Chicago non era stato del tutto assorbito dall'ambiente europeo, dove non mancava un interesse delle istituzioni verso i benefici complessivi determinati dalla concorrenza, in un'ottica di coerenza con gli obiettivi generali dell'UE e con le altre politiche della medesima, anche in campi diversi da quello della concorrenza¹⁰⁴.

È dalla fine degli anni Novanta e dalla modernizzazione del diritto europeo della concorrenza che si è aperta una fase con la quale la Commissione europea ha interiorizzato l'impostazione pro-efficientistica propugnata dalla Scuola di Chicago. In questo periodo, una rivoluzione copernicana ha avuto luogo in seno alla Commissione, dove fu effettuata una riorganizzazione della DG Concorrenza, con rilevante incremento delle competenze economiche. Dal punto di vista metodologico, è stata abbracciata l'analisi economica quale unico strumento di valutazione, mediante la proposizione del *more economic approach*¹⁰⁵ e della riscoperta della centralità dell'analisi degli effetti, con l'adozione di strumenti di analisi e di tecniche argomentative «che si possono ascrivere a quegli orientamenti convenzionalmente raggruppati sotto la definizione lata di *post-chicagoan*»¹⁰⁶. Ciò, anche per effetto dell'apertura della

¹⁰³ Sentenza della Corte di giustizia del 25 ottobre 1977, causa C-26/76, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG contro Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:1977:167, punto 20.

¹⁰⁴ V.S. WILKS S., L. MCGOWAN, *Competition Policy in the European Union: Creating a Federal Agency?*, in DOERN G.B., WILKS S., (a cura di), *Comparative Competition Policy: National Institutions in a Global Market*, Oxford, 1996.

¹⁰⁵ Su tutti, cfr. A.C. WITT, *The more economic approach to EU antitrust law*, Oxford, 2016. Dal punto di vista normativo e di *soft law*, tale approccio è stato recepito in numerose previsioni del regolamento (CE) 2790/1999 in merito all'applicazione dell'art. [101, § 3, TFUE] e alle relative linee direttrici della Commissione europea sulle restrizioni verticali, cui ha fatto seguito l'adozione del regolamento (CE) 139/2004 e gli orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'art. [102 TFUE].

¹⁰⁶ V. MELI, *Il public interest nel diritto della concorrenza*, cit., p. 445.

Corte di giustizia verso un approccio più *effect-based* che si è manifestata in alcune pronunce paradigmatiche, come quelle rese nei casi *Intel* e *Cartes Bancaires*¹⁰⁷. In sostanza, a fronte di una prima apertura verso l'inclusione, nell'ambito della tutela della concorrenza, di varie istanze meta-concorrenziali (quali l'integrazione dei mercati nazionali, la protezione dei consumatori europei e delle piccole medie imprese e la tutela dell'uguaglianza e dell'equità), con l'affermarsi del *more economic approach* queste sono state ritenute estranee all'ambito della tutela della concorrenza, la cui funzione sarebbe quella di assicurare una «efficiente allocazione delle risorse in economie di libero mercato», sulla base di un convincimento generale che ciò determini «prezzi più bassi, qualità maggiore e un più ampio ventaglio di scelte di prodotti»¹⁰⁸.

Lo scopo essenziale del diritto della concorrenza sarebbe dunque stato quello di promuovere efficienze allocative assicurando la competitività dei mercati e, in tale modo, il *consumer welfare*. Tale paradigma è stato altresì confermato dalla Corte di giustizia, che ha chiaramente affermato che,

«poiché l'obiettivo delle norme comunitarie di concorrenza è di evitare che talune imprese, restringendo la concorrenza nei loro rapporti o nei rapporti con terzi, riducano il benessere del consumatore finale dei prodotti di cui trattasi [...], si rende necessario anche dimostrare che la limitazione in questione restringe la concorrenza, a danno di quest'ultimo»¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Rispettivamente, sentenze della Corte di giustizia del 6 settembre 2017, causa C-413/14 P, *Intel Corp. Inc. c. Commissione*, ECLI:EU:C:2017:632; dell'11 settembre 2014, causa 67/13 P, *Groupement des cartes bancaires c. Commissione*, ECLI:EU:C:2014:2204.

¹⁰⁸ OCSE, *Interim Report on Convergence of Competition Policies*, OECD/GD(94)64, 1994. Sul tema, da una prospettiva interna, cfr. G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998; G. ROSSI, *Antitrust e teorie della giustizia*, in *Riv. soc.*, 1995.

¹⁰⁹ Sentenza del Tribunale del 27 settembre 2006, causa T-168/01, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commissione*, ECLI:EU:T:2006:265, punto 171. Più di recente, cfr. le conclusioni dell'avvocato generale Rantos del 9 dicembre 2021, causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale e a. c. AGCM*, ECLI:EU:C:2021:998, spec. punto 96, dove è stato sottolineato lo stretto rapporto dell'obiettivo immediato del mantenimento della concorrenza effettiva e quello più indiretto della tutela del *consumer welfare*. Secondo l'avvocato generale Rantos, in particolare, la giurisprudenza della Corte – sanzionando non solo le pratiche che possono provocare un danno immediato ai consumatori, ma anche quelle che arrecano loro un danno indiretto – mostra che la «struttura di effettiva concorrenza

La tutela del benessere del consumatore diviene dunque il *benchmark* di riferimento che la Commissione assume nell'attività di applicazione delle norme di concorrenza e, in particolare, allorché decide se un progetto di concentrazione debba essere vietato o sottoposto a condizioni¹¹⁰; e l'adesione dell'UE a un modello ideologico imperniato sull'efficienza allocativa ha avuto come ovvia conseguenza «il confinamento alla categoria dei *non-competition goals* di tutti gli obiettivi che esulano dal *consumer welfare standard*»¹¹¹.

4.1.2. Verso un contemperamento di interessi meta-concorrenziali al di là dell'efficienza economica

Negli ultimi anni, tuttavia, un rinnovato interesse verso la *vexata quaestio* delle finalità dell'antitrust ha dato vita a un vivace dibattito, che ha visto l'emersione di correnti di pensiero volte a mettere in discussione gli assunti principali del modello efficientista e a sostenere una visione del diritto della concorrenza che tenga non si curi solo degli effetti di prezzo e del *consumer welfare*, ma anche affronti altresì le conseguenze delle condotte anticoncorrenziali (per quanto ci riguarda, le concentrazioni di potere derivanti

è intrinsecamente connessa ad uno scopo ultimo, ossia la protezione dei consumatori» e che, «in tal senso, scopo ultimo di tali norme dirette ad assicurare che la concorrenza non venga falsata nel mercato interno è quello di aumentare il benessere del consumatore. Logicamente, non vi è dunque alcuna ragione per proteggere il mercato concorrenziale *in abstracto* se non esiste alcun rischio (reale o potenziale) di pregiudizio dei consumatori».

¹¹⁰ Come osserva, tra gli altri, G. GHIDINI, *Due culture? Il ruolo dell'efficienza sulle due sponde dell'Atlantico*, in *MCR*, 2003, deve essere notato che l'effettivo rilievo delle efficienze e la centralità del paradigma del benessere del consumatore non sono del tutto coincidenti tra l'ordinamento statunitense e quello dell'UE. Che l'applicazione del *consumer welfare test* possa portare a esiti diametralmente opposti ne è testimonianza il noto caso *GE / Honeywell*, che fu deciso in senso diametralmente opposto dalla Commissione europea (che, con decisione del 3 luglio 2001, caso M.2220, *General Electric / Honeywell*, vietò l'operazione) e dal Department of Justice statunitense, pur avendo entrambi fondato la propria decisione sulla tutela del *consumer welfare standard*. Sul caso, cfr. C. VELJANOVSKI, *EC merger policy after GE/Honeywell and Airtours*, in *Antitrust Bull.*, vol. 49, nn. 1-2, 2004; A. GIANNACCARI, *Il caso GE/Honeywell*, in *MCR*, fasc. 1, 2006.

¹¹¹ V. MELI, *Il public interest nel diritto della concorrenza*, cit., p. 446.

dalle concentrazioni) dalla prospettiva del *total welfare*, tenendo in considerazione elementi quali la distribuzione della ricchezza, la giustizia sociale, la tutela delle istituzioni democratiche, la tutela della *privacy* e dell'ambiente. Lungi dall'essere un sentimento di scarso rilievo, questa scuola di pensiero, etichettata come Neo-Brandeis¹¹² o con il meno lusinghiero «*hipster antitrust*»¹¹³, ha attecchito soprattutto e innanzitutto negli Stati Uniti, forte soprattutto dell'accusa che la rigida centralità assunta dall'efficienza allocativa e l'«arrendevolezza monopolistica»¹¹⁴ del Department of Justice statunitense d'impronta *chicagoan* avessero agevolato il consolidamento dell'enorme potere di mercato ammassato dalle grandi piattaforme digitali, i c.d. GAFAM (acronimo con cui si fa riferimento a Google, Apple, Facebook, Amazon e Microsoft) o, secondo una definizione che a chi scrive sembra più calzante, le *data-opolies*¹¹⁵. Tra le principali critiche mosse da tale corrente all'ideologia dominante e alle autorità preposte all'applicazione della normativa della concorrenza vi è, in particolare, l'eccessiva fiducia prestata nella capacità dei mercati di mantenersi competitivi¹¹⁶, la visione dei *monopoly prices* come

¹¹² Ciò Senato degli Stati Uniti d'America, *Congressional Records (Bound)*, Volume 21 (1889-1890). Con queste parole, il 21 marzo 1889 il senatore statunitense John Sherman espose al Congresso statunitense le ragioni a fondamento dell'introduzione di una normativa che potesse arginare fenomeni di consolidamento del mercato che stavano caratterizzando lo scenario economico statunitense del periodo: «*if we will not endure a king as a political power, we should not endure a king over the production, transportation and sale of any of the necessaries of life. If we would not submit to an emperor, we should not submit to an autocrat of trade, with power to prevent competition and to fix the price of any commodity*».

¹¹³ K. MEDVEDOVSKY, *Hipster Antitrust. A Brief Fling or Something More?*, in *CPI Antitrust Chronicle*, 2018; prima ancora si veda l'articolo su *Wired*, *Do Not Mistake Orrin Hatch for #HipsterAntitrust*, 3 agosto, 2017.

¹¹⁴ R. PARDOLESI, *Hipster Antitrust e sconvolgimenti tettonici*, cit., p. 91.

¹¹⁵ M.E. STUCKE, *Should we be concerned about data-opolies?*, in *Georgetown Law Technology Review*, 2018.

¹¹⁶ Cfr. L. KHAN, *The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate*, in *Journal of Competition Law*, 131, 9, 2018, secondo cui «*there are no such things as market 'forces.'* [...] *The New Brandeisians, by contrast, believe the political economy is structured only through law and policy. This is of vital importance, as it means that—unlike many Chicago Schoolers— Brandeisians do not recognise any form of organisation or any type of power as inevitable*».

incentivo all'ingresso nei mercati¹¹⁷ e un atteggiamento di eccessiva tolleranza rispetto al fenomeno delle concentrazioni, con l'esclusione delle sole concentrazioni orizzontali¹¹⁸. Nonostante non siano mancate le critiche agli assunti su cui si poggia il movimento Neo-Brandeis¹¹⁹, tale corrente di pensiero ha sviluppato una sempre maggiore influenza, soprattutto e innanzitutto oltreoceano, come è testimoniato dalla recente nomina, ad opera del presidente statunitense Joe Biden, di due delle principali voci di tale corrente, Lisa Khan e Tim Wu¹²⁰, quali – rispettivamente – vertice della Federal Trade Commission e *senior advisor* alla presidenza statunitense.

Nel panorama europeo, le critiche sono state meno aspre, specialmente in relazione alla prassi della Commissione europea nel controllo delle concentrazioni, che beneficia di una percezione di maggiore puntualità e inflessibilità rispetto al sistema statunitense, alimentata, forse, forse dalla minore *leniency* che la Commissione ha dimostrato nei confronti delle grandi piattaforme¹²¹. A dire il vero, le statistiche pubblicate dalla stessa Commissione

¹¹⁷ Come osserva M. LAO, *Ideology matters in the antitrust debate*, in *Antitrust Law Journal*, vol. 79, n. 2, 2014, gli «*antitrust liberals*» sono generalmente scettici rispetto alla nozione secondo cui è la ricerca per profitti monopolistici che porta molte imprese a innovare: «*The argument is that dominant firms facing minimal risk of antitrust sanction may step up their exclusionary activities, which would discourage innovation from fringe rivals*».

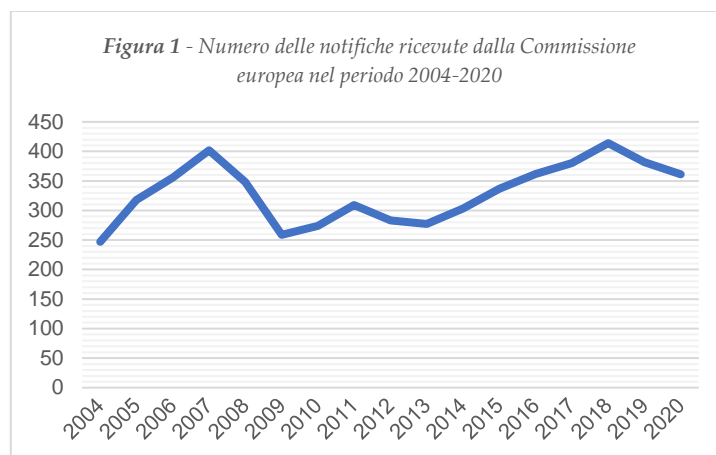
¹¹⁸ Si pensi alla convinzione, manifestata tra gli altri da Robert Bork, secondo cui «*the law against vertical mergers is merely a law against the creation of efficiency*» (R. BORK, *The antitrust paradox*, cit., p. 234).

¹¹⁹ Cfr., ad esempio, l'interessante contributo di T. SCHREPEL, *Antitrust Without Romance*, New York, 2019, che critica la crescente tendenza volta a rendere la disciplina antitrust «*more and more romantic, [...] grounded on populist rhetoric that pits the elites (often, the technological elite embodied by tech companies) against the people*». Cfr. anche H. HOVENKAMP, *Is Antitrust's Consumer Welfare Principle Imperiled?*, in *The Journal of Corporation Law*, vol. 45, 2019;

¹²⁰ A cui sono riconducibili due tra i contributi che più hanno formato il movimento Neo-Brandeis: T. WU, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*, New York, 2018, L. KHAN., *Amazon's Antitrust Paradox*, in *Yale Law Journal*, vol. 1, n. 3, 2019.

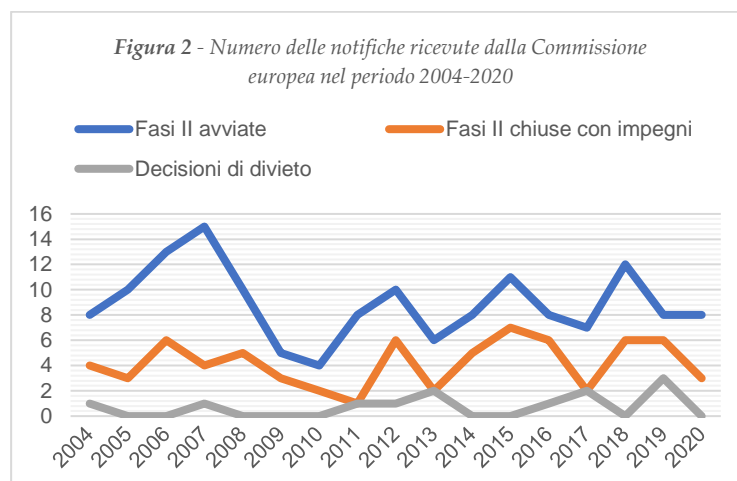
¹²¹ Cfr. CMRL, editoriale, *Think big? Think twice! EU competition law in the face of calls for European champions*, vol. 56, 2019; P. WERNER, S. CLERCKX, H. DE LA BARRE, *Commission expansionism in EU merger control - Fact and fiction*, in *JECLAP*, vol. 9, n. 3, 2018.

europea, di cui si riporta un'elaborazione nelle figure 1 e 2 *infra*, non sembrano dare evidenza di un approccio particolarmente severo da parte della Commissione europea.



Come mostra la figura 1, le notifiche di concentrazioni alla Commissione sono state oggetto di un continuo aumento, fatta salva una flessione a partire dal 2020, dovuta al rallentamento dell'economia conseguente alla pandemia di Covid-19¹²²).

¹²² Cfr., tra gli altri, il discorso della Commissaria alla Concorrenza Margrethe Vestager al *OECD Global Forum on Competition: "Competition policy: time for a reset?"*, 7 dicembre 2020, dove si evidenzia tuttavia che «*the slowdown in merger and antitrust work was only temporary. By the end of October [2020], we'd had nearly three hundred merger filings. And the pandemic hasn't stopped us dealing with some very tricky mergers*».



La figura 2 mostra invece che, a fronte di tale aumento generale dei casi trattati dalla Commissione, il numero di avvii di istruttorie approfondite per l'esame delle concentrazioni (c.d. Fase II), così come quello delle Fasi II chiuse con divieti o l'applicazione di misure rimediale, sia rimasto essenzialmente invariato. Salvo marginali oscillazioni di anno in anno, tali decisioni – nelle quali si assiste a una presa di posizione della Commissione con riferimento alle concentrazioni ad essa notificate – non sono aumentate con il passare degli anni¹²³.

La critica mossa alle autorità garanti della concorrenza non riguarda, tuttavia, il solo volume delle decisioni che vengono da queste adottate, ma l'impermeabilità del processo valutativo della Commissione europea rispetto a un sistema di valori che, seppur eccentrico rispetto al parametro di valutazione sostanziale delle concentrazioni, rivestono nell'ambito del diritto dell'Unione europea un valore equiparabile a quello della tutela della concorrenza. In sostanza, ci si chiede se – così come per la Corte costituzionale italiana la «natura prevalentemente economica» dell'attività di controllo delle

¹²³ A simili conclusioni giungono anche P. WERNER, S. CLERCKX, H. DE LA BARRE, *Commission expansionism in EU merger control - Fact and fiction*, in JECLAP, vol. 9, n. 3, 2018, secondo cui «an analysis of the Commission's enforcement rate over the last years indicates that the Commission has not significantly stepped up its interventions».

concentrazioni svolta dall'AGCM non avrebbe potuto implicare un totale disinteresse verso ragioni di «utilità sociale» incardinate nel testo costituzionale – alcuni dei valori e degli obiettivi fondamentali dell'UE possano, astrattamente ed su base eccezionale, essere oggetto di un contemperamento da parte della Commissione europea nell'esercizio delle competenze previste dal regolamento (CE) 139/2004.

In questo senso, ad avviso di chi scrive sembra meritevole l'argomento di chi ha sostenuto che il diritto antitrust, per come incardinato nel tessuto giuridico dell'Unione europea, non debba essere necessariamente interpretato come un sistema chiuso, "autarchico", ma che esso possa prestarsi – quando non a perseguire direttamente finalità diverse dalla tutela del *consumer welfare* mediante il mantenimento di una concorrenza effettiva – ad assimilare considerazioni e finalità a questa ulteriori. Le norme sulla concorrenza sono infatti caratterizzate da una capacità adattiva e da una permeabilità al contesto istituzionale di riferimento: sebbene l'applicazione delle norme sul controllo delle concentrazioni si sia via via consolidata su un modello «monocentrico»¹²⁴, incentrato sulla riduzione dei prezzi, l'aumento dell'*output* e la promozione di innovazione, la scelta del consumatore e la varietà dei prodotti, ciò non esclude che il diritto della concorrenza possa assorbire istanze economico-sociali che, nel contesto istituzionale e normativo dell'UE, assumano un ruolo di spiccato rilievo. Secondo una formulazione forse appariscente, ma certamente efficace, l'antitrust si configurerebbe come una «spugna»¹²⁵. In effetti, non può essere dimenticato che la disciplina antitrust applicabile, oggi, alle concentrazioni è stata il frutto di una significativa evoluzione nel corso dei decenni che, come è

¹²⁴ L'espressione è riconducibile a I. LIANOS, *Polycentric Competition Law*, in *Current Legal Problems*, vol. 71, n. 1, 2018, spec. pp. 169 ss.

¹²⁵ A. EZRACHI, *Sponge*, in *Jour. Ant. Enf.*, vol. 5, n. 1, 2017, che riflette sulla percepita «purezza analitica» del diritto antitrust che, tutt'altro che pacifica, finisce con il diffondere «*a mirage of objectivity, clarity and analytical superiority – traits that are not always present*».

stato illustrato, in una prima fase aveva – anche – un ruolo strumentale rispetto alla formazione del mercato interno.

Inoltre, margini per una visione più dinamica – o, per usare una terminologia in linea con quanto detto poc’anzi, «policentrica» – del diritto della concorrenza possono trovarsi anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia, che in passato ha rilevato come il benessere del consumatore non possa costituire l’unico parametro alla luce del quale valutare l’illiceità di una condotta dal punto di vista concorrenziale¹²⁶. Vero è che tale giurisprudenza era finalizzata ad ampliare il campo d’osservazione, ma solamente al fine di ricomprendervi non solo «gli interessi immediati di singoli concorrenti o consumatori, bensì la struttura del mercato e, in tal modo, la concorrenza in quanto tale»¹²⁷. Spunti non mancano, peraltro, anche dalla recente attività regolamentare della Commissione che, seppur in ambiti di diritto della concorrenza diversi dal controllo delle concentrazioni, ha mostrato un’attenzione crescente ad esigenze di benessere generale. Il caso, forse, più eclatante è rappresentato dalla bozza delle nuove linee direttrici sull’applicabilità dell’articolo 101 TFUE agli accordi di cooperazione orizzontale, pubblicata a inizio marzo 2022, nella quale è dedicata una consistente sezione ad accordi volti a perseguire uno o più obiettivi di

¹²⁶ Sentenza del 6 ottobre 2009, causa C-501/06 P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commissione*, ECLI:EU:C:2009:610, punto 63, secondo cui «l’accertamento della sussistenza dell’oggetto anticoncorrenziale di un accordo non può essere subordinato alla circostanza che i consumatori finali siano privati dei benefici di una concorrenza efficace in termini di approvvigionamento o di prezzi».

¹²⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 4 giugno 2009, causa C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV e a. c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, ECLI:EU:C:2009:343, punto 38, in materia di intese restrittive della concorrenza. Il principio era già stato enunciato, in materia di abuso di posizione dominante, nelle conclusioni dell’avvocato generale Kokott del 23 febbraio 2006, causa C-95/04 P, *British Airways plc c. Commissione*, ECLI:EU:C:2006:133, punto 68, dove si legge che l’art. [102 TFUE], «come anche le altre norme sulla concorrenza del Trattato, non è soltanto e prioritariamente destinato a tutelare gli interessi immediati di singoli concorrenti o consumatori, bensì la struttura del mercato e, pertanto, la concorrenza in quanto tale (come istituto)».

sostenibilità. In tale sede, pur ribadendo che il diritto della concorrenza contribuisce allo sviluppo sostenibile dell'UE, ai sensi dell'art. 3 TUE, assicurando una concorrenza effettiva, che a sua volta stimola l'innovazione, la qualità e la scelta dei prodotti e riduce i costi produttivi «*and thereby contributes to consumer welfare*»¹²⁸, la Commissione ammette che il mero perseguimento di efficienze di questo tipo possa determinare delle esternalità negative, ad esempio con riferimento alla tutela dell'ambiente. Tali «*market failures*» sono solitamente mitigate o rimate attraverso azioni pubbliche di tipo normativo-regolamentare. Tuttavia, secondo la Commissione, taluni accordi tra imprese, sensibili ai sensi del diritto della concorrenza, possono essere necessari laddove tali fallimenti di mercato non siano completamente affrontati e risolti attraverso *policy* e normative pubbliche¹²⁹. In questo senso, peraltro, è interessante osservare che, nell'analisi di tali accordi di sostenibilità ai sensi dell'art. 101, § 3, TFUE, la Commissione rileva che in tale sede possono essere considerati non soltanto i possibili benefici individuali d'uso (*individual use value benefits*) derivanti dall'accordo, ma anche i benefici individuali non d'uso (*individual non-use value benefits*), rispetto ai quali l'esperienza del consumatore rimane invariata ma questo tra valore dal sapere che un altro gruppo di consumatori ne sta beneficiando, e – ancor più significativamente – i benefici collettivi (*collective benefits*), che si hanno indipendentemente dal punto di vista del consumatore, «*as they occur irrespective of the consumers' individual appreciation of the product and objectively can accrue to the consumers in the relevant market if the latter are part of the larger group of beneficiaries*»¹³⁰.

¹²⁸ Commissione europea, *Annex to the Communication from the Commission, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements*, C(2022) 1159, 1° marzo 2022; § 544. Per un primo commento, cfr. G. MURRAY, *Making EU competition law sustainable: all good things come in threes*, Kluwer Competition Law Blog, 16 marzo 2022.

¹²⁹ Commissione europea, C(2022) 1159, cit., § 546.

¹³⁰ Commissione europea, *Annex to the Communication from the Commission, Guidelines on the applicability of Article 101*, cit., § 601.

In questo senso, se è vero che la sede di più immediata applicazione di una tesi di questo tipo è proprio quella dell'esenzione prevista dal terzo paragrafo dell'art. 101 TFUE, non si vede perché la disciplina del controllo delle concentrazioni non possa anch'essa essere svolta nella consapevolezza che – ferma la centralità dell'analisi economica e dell'esigenza di preservare la concorrenza effettiva nel mercato interno al fine ultimo della tutela del consumatore – in circostanze eccezionali l'analisi concorrenziale possa tenere in considerazione obiettivi di sostenibilità e altri valori di rilievo primario nell'intelaiatura "costituzionale" dell'UE. Questo, ad avviso di chi scrive, sarebbe condivisibile *a fortiori* in una disciplina come quella *de quo* che, come scriveva Giuseppe Tesaro in veste di giudice costituzionale nella citata sentenza n. 270/2020, «proprio in quanto si esercita *ex ante*, cioè su un progetto di concentrazione, finisce per avvicinarsi e toccare il confine tra tutela della concorrenza e regolazione del mercato».

È evidente che una tesi di questo tipo, che pure appare coerente con l'idea che la concorrenza non debba essere intesa quale un prodotto isolato e impermeabile rispetto alle altre politiche dell'UE, sollevi alcune criticità dal punto di vista applicativo.

Un primo profilo riguarda le modalità che un esame di questo tipo potrebbe assumere nel processo decisionale dell'UE; se, in particolare, la Commissione debba tenerne conto in ogni procedimento svolto ai sensi del regolamento (CE) 139/2004 o se invece tali considerazioni debbano emergere in modo del tutto eccezionale. La seconda alternativa sembrerebbe essere la preferibile, considerate le esigenze di celerità, di certezza del diritto e prevedibilità del processo decisionale della Commissione, oltre che in considerazione del fatto che le considerazioni di efficienza dovrebbero, comunque, rimanere l'elemento centrale dell'esame della Commissione. In tal senso, quindi, le considerazioni meta-concorrenziali non opererebbero quale fattore ulteriore ai fini della decisione sulla concentrazione, che verrebbe svolta

(dai funzionari a ciò preposti), mediante l'applicazione del test SIEC prescritto dall'art. 2 del regolamento sulle concentrazioni. Essi, piuttosto, potrebbero avere un peso nella «precomprensione del caso»¹³¹, mediante un coinvolgimento, quindi, solamente indiretto nell'*iter* decisionale.

Un secondo profilo investe invece i possibili effetti che tale esame possa avere sull'esito dell'esame delle concentrazioni di dimensione "comunitaria". La natura preminente delle considerazioni di efficienza, nell'eventuale bilanciamento con interessi di diversa natura, depone a favore di un'applicazione che, come nel caso degli interessi nazionali *ex* art. 21, § 4, del regolamento (CE) 139/2004, è solamente difensiva. In sostanza, la Commissione potrebbe decidere di non autorizzare, o di subordinare a particolari condizioni, concentrazioni che sarebbero autorizzate per effetto dell'applicazione del solo test sostanziale previsto dalle norme sulle concentrazioni. Di converso, non dovrebbe essere mai possibile autorizzare, per effetto di ragioni diverse da quelle legate alla tutela della concorrenza, concentrazioni che sarebbero state diversamente non autorizzate. Diversamente, si verrebbe a creare un sistema di prevaricazione totale delle considerazioni politiche su quelle giuridico-economiche che determinerebbe un serio rischio di vanificazione dello strumento intero.

In terzo luogo, la questione forse più complessa è quella che riguarda la natura di tali interessi. Vista la complessità e la delicatezza del bilanciamento che questa tesi impone, si ritiene che un'applicazione del diritto della concorrenza di tipo «policentrico» dovrebbe avere a riferimento non qualsiasi interesse o istanza meta-concorrenziale, bensì quelle finalità individuate dai Trattati come fondanti l'integrazione economica tra gli Stati membri. Il riferimento è, in particolare, all'art. 3, § 3, TUE, laddove prevede che l'UE

¹³¹ In questo senso, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza*, cit., p. 608.

«si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico. L'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore. Essa promuove la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri. Essa rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e vigila sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo».

Una tesi di questo tipo non comporta una forzatura della disciplina *de quo* come alcuni autori sembrano suggerire, né una sua "politicizzazione". Come rilevato nelle conclusioni rese dall'avvocato generale Pitruzzella in un caso del 2020 in materia di prezzi eccessivi nel settore farmaceutico (un ambito nel quale si palesano considerazioni, quali quelle relative alla tutela della salute dei pazienti, che non possono essere ricondotte così facilmente al paradigma del *consumer welfare*), il mancato intervento del diritto antitrust determina il rischio dell'insorgenza di «falsi negativi», dai quali può derivare non solo un effetto distorsivo della concorrenza, bensì anche un «un attacco ad alcuni valori di fondo delle nostre società, come l'eguaglianza dei cittadini per cui le differenze nel godimento di determinati beni ritenuti fondamentali»¹³².

4.2. Il rilancio della politica industriale europea e il suo rapporto con la disciplina del controllo delle concentrazioni

¹³² Conclusioni dell'avvocato generale Pitruzzella del 16 luglio 2020, causa C-372/19, *SABAM c. Weareone.World BVBA e a.*, ECLI:EU:C:2020:598, secondo cui in tale ambito «la Commissione, le autorità nazionali di concorrenza e i giudici nazionali [...] si muovono in una sorta di letto di Procuste. Da una parte il rischio di un *over-enforcement* antitrust, alimentato dai falsi positivi, che in definitiva pregiudicano l'efficienza e lo stesso benessere del consumatore, dall'altro il rischio di *under-enforcement*, a causa dei falsi negativi, che oltre a pregiudicare il benessere del consumatore possono avere, come si è detto nel paragrafo precedente, delle conseguenze negative di portata più vasta».

4.2.1. Il contesto giuridico

Tra gli interessi che alcuni sostengano di dover considerare nell'ambito della valutazione delle concentrazioni sono stati proposti, non solo, quelli che possono essere ricondotti a istanze sociali o di sostenibilità ma, anche, esigenze che possono essere definite di politica industriale.

«Non è più un tabù: i dirigenti europei stanno di nuovo discutendo su vantaggi e limiti di una politica industriale attiva. [...] L'Europa ha bisogno di campioni europei capaci di svilupparsi grazie ai loro meriti e di correre sulle loro gambe nella gara mondiale. [...] Per costruire campioni europei e non nazionali, restano indispensabili i meccanismi di controllo delle concentrazioni. Conviene quindi rendere più convergenti i metodi per valutare le concentrazioni nel merito e le procedure di riesame a livello nazionale»¹³³.

Queste parole, riconducibili a un documento firmato nel 2010 da Mario Monti, che in passato era stato tra i maggiori sostenitori del *more economic approach*, sono testimonianza di un mutamento nel pensiero europeo quanto all'opportunità di pensare a una politica industriale attiva riconducibile all'UE. Il tema non è certamente nuovo: già nel 1967, un anno dopo il Memorandum della Commissione sulle concentrazioni, il giornalista francese Jean-Jacques Servan-Schreiber affermava, in un testo intitolato *Le défi Américain*, la necessità che l'Europa unita sviluppasse una politica industriale, volta creare grandi gruppi industriale di scala europea che potessero competere con i colossi statunitensi che si erano rafforzati nella c.d. *third merger wave* del secondo dopoguerra¹³⁴.

La promozione di politiche industriali non è del tutto assente, d'altronde, dall'ordinamento giuridico dell'UE: come si è già avuto modo di

¹³³ M. MONTI, *Una nuova strategia per il mercato unico*, Rapporto al Presidente della Commissione europea José Manuel Barroso, 9 maggio 2010.

¹³⁴ J. SERVAN-SCHREIBER, *Le Défi Américain*, 1968, tradotto in italiano da V. Diamanti, *La sfida americana*, Milano, 1968.

menzionare, l'art. 176 TFUE prevede infatti che l'UE e gli Stati membri «provvedono affinché siano assicurate le condizioni necessarie alla competitività dell'industria dell'Unione»¹³⁵ e, a tale fine, l'UE opera attraverso politiche ed azioni attuate ai sensi di altre disposizioni dei trattati, in particolare mediante atti adottati secondo la procedura legislativa ordinaria con cui possono essere decise «misure specifiche, destinate a sostenere le azioni svolte negli Stati membri al fine di realizzare gli obiettivi di politica industriale», con esclusione, nondimeno, di misure di armonizzazione ovvero di misure che possano «generare distorsioni di concorrenza»¹³⁶.

Quella dell'UE in materia di industria è quindi una competenza concorrente¹³⁷ il cui esercizio deve avvenire «nell'ambito di un sistema di mercati aperti e concorrenziali» e, in ogni caso, senza che ciò porti a «distorsioni di concorrenza». Un limite esterno che è stato anche riconosciuto dalla Corte di giustizia che, in un precedente in materia di aiuti di Stato, è stato rigettato l'argomento del ricorrente secondo la Commissione avrebbe violato gli obblighi derivanti dall'art. [173 TFUE], in quanto, «anziché aiutare le imprese comunitarie a essere concorrenziali, la decisione impugnata ha reso la Comunità meno concorrenziale e l'ha posta in una situazione svantaggiosa nel mercato mondiale»¹³⁸. Tale norma riflette l'iniziale retrosia dell'UE a condurre

¹³⁵ A tale fine, la norma prevede che

¹³⁶ Le finalità dell'intervento dell'UE e degli Stati membri sono indicate esemplificativamente nel secondo periodo del primo paragrafo dell'art. 173 TFUE, che fa riferimento alle seguenti attività: «ad accelerare l'adattamento dell'industria alle trasformazioni strutturali», «promuovere un ambiente favorevole all'iniziativa ed allo sviluppo delle imprese di tutta l'Unione, segnatamente delle piccole e medie imprese», «promuovere un ambiente favorevole alla cooperazione tra imprese e «favorire un migliore sfruttamento del potenziale industriale delle politiche d'innovazione, di ricerca e di sviluppo tecnologico».

¹³⁷ Come dimostrato dal suo inserimento all'art. 6, § 1, lett. b, TFUE.

¹³⁸ Sentenza del Tribunale del 22 aprile 2016, causa T-50/06, *Irlanda e Aughinish Alumina Ltd contro Commissione europea*, ECLI:EU:T:2016:227, punto 82. Un'interpretazione di tipo restrittivo della previsione di cui all'art. 157 TFUE è stata sostenuta anche nelle conclusioni dell'avvocato generale Kokott del 30 marzo 2004, cause riunite C-184/02 e C-223/02, Cause riunite C-184/02 e C-223/02, *Regno di Spagna e*

politiche industriali, fatto salvo per interventi mirati a sostegno delle politiche nazionali, che da sempre hanno costituito una prerogativa nazionale. Tuttavia, la crisi economiche con cui si è chiuso il primo decennio degli anni Duemila, insieme alla repentina crescita di economie di paesi terzi intorno al modello di sviluppo del c.d. *Beijing Consensus*¹³⁹ (che, nato in Cina e rapidamente assimilato da numerose economie extra-europee, si caratterizza per una maggiore centralità dell'intervento pubblico, spesso a scapito della tutela di una concorrenza effettiva), hanno portato a un rinnovato interesse per la politica industriale europea che, specialmente secondo alcuni Stati membri, avrebbe dovuto essere ulteriormente coltivata per poter assicurare la competitività dell'industria europea a fronte della globalizzazione dell'economia e della crescente rilevanza del ruolo economico svolto da paesi come la Cina¹⁴⁰.

Primi segnali di attività si sono visti nella primavera del 2000, quando il Consiglio europeo ha adottato la Strategia di Lisbona¹⁴¹ che, tra le altre cose, aveva individuato un programma decennale volto a rivitalizzare la crescita e migliorare la competitività dell'industria europea. Tuttavia, i risultati sotto questo profilo furono fallimentari¹⁴², tanto che nel 2010 la Commissione lanciò un nuovo programma di crescita decennale (segnatamente, la strategia Europa

Repubblica di Finlandia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea, ECLI:EU:C:2004:194.

¹³⁹ Per una recente ricostruzione di tale concetto (coniato da J.C. RAMO, *The Beijing Consensus*, Londra, 2004), cfr. W. CHEN, *The Beijing Consensus? How China Has Changed Western Ideas of Law and Economic Development*, Cambridge, 2019.

¹⁴⁰ Si vedano, per un riscontro più risalente, le analisi commissionate dalla repubblica francese già dai primi anni Duemila. Cfr. E. COHEN, J.-H. LORENZI, *Politiques industrielles pour l'Europe*, 2000; J.-L. BEFFA, *Pour une nouvelle politique industrielle*, 2005, accessibili sul portale: <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/>.

¹⁴¹ Si vedano le conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo del 25-26 marzo 2000, secondo cui «*the time is right to undertake both economic and social reforms as part of a positive strategy which combines competitiveness and social cohesion*».

¹⁴² V.D. GERADIN, I. GIRGENSON, *Industrial policy and european merger control – a reassessment*, 2011, spec. pp. 20 ss.

2020¹⁴³). La strategia Europa 2020 prevedeva sette «iniziative faro»¹⁴⁴, ivi inclusa una strategia apertamente indirizzata a sostenere una «politica industriale integrata per l'era della globalizzazione», imperniata sulla *governance* da parte delle istituzioni europee, che avrebbero dovuto seguire «*a holistic and better coordinated vision of policy-making at European level*» e una maggiore cooperazione con gli Stati membri, attraverso, tra le altre cose, il monitoraggio del successo e della competitività delle politiche nazionali¹⁴⁵. Al lancio della strategia Europa 2020 ha fatto seguito l'adozione di numerose comunicazioni e altri atti di *soft law*, con cui la Commissione ha richiesto agli Stati l'adozione di riforme strutturali e politiche coerenti e coordinate al fine migliorare la competitività economica e industriale dell'UE¹⁴⁶. A ciò si aggiunge altresì la strategia per il Mercato Unico Digitale che, lanciata nel 2015, poggia su alcuni pilastri, uno dei quali consiste proprio nel «massimizzare il potenziale di crescita dell'economia digitale europea [...] per rafforzare la competitività industriale e miglioramento dei servizi pubblici, dell'inclusione e delle competenze»¹⁴⁷. Un processo che la

¹⁴³ Comunicazione della Commissione europea del 3 marzo 2010, *Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, COM(2010) 2020.

¹⁴⁴ Si vedano le comunicazioni della Commissione europea del 6 ottobre 2010, *L'Unione dell'innovazione*, COM(2010)0546; del 19 maggio 2010, *Un'agenda digitale europea*, COM(2010)0245; e del 28 ottobre 2010, *Una politica industriale integrata per l'era della globalizzazione*, COM(2010)0614.

¹⁴⁵ Comunicazione della Commissione europea del 28 ottobre 2010, *Una politica industriale integrata per l'era della globalizzazione. Riconoscere il ruolo centrale di concorrenzialità e sostenibilità*, COM(2010) 614. Tale strategia si compone, a sua volta, di dieci azioni volte a promuovere la competitività industriale europea, dando maggiore risalto a fattori come, per esempio, la crescita delle piccole e medie imprese, nonché l'approvvigionamento delle materie prime.

¹⁴⁶ Cfr. le comunicazioni della Commissione europea del 14 ottobre 2011, *Politica industriale: rafforzare la competitività*, COM(2011) 642; del 10 ottobre 2012, *Un'industria europea più forte per la crescita e la ripresa economica. Aggiornamento della comunicazione sulla politica industriale*, COM(2012) 582, che ha individuato, quali settori strategici, quelli relativi alle tecnologie di fabbricazione avanzate per la produzione pulita, alle tecnologie abilitanti fondamentali, ai prodotti biologici, alla politica industriale sostenibile, all'edilizia e alle materie prime, ai veicoli puliti e navi pulite, nonché alle reti intelligenti; del 22 gennaio 2014, *Per una rinascita industriale europea*, COM(2014) 14

¹⁴⁷ Comunicazione della Commissione, 6 maggio 2015, *Strategia per il mercato*

Commissione ha trattato più approfonditamente in una comunicazione *ad hoc* nel 2016¹⁴⁸ nella quale sono state individuate quattro «vie da seguire», volte a migliorare il coordinamento tra le singole strategie nazionali, la mobilitazione di somme europee per co-finanziare progetti degli Stati membri, la predisposizione di un quadro normativo appropriato «per creare la fiducia e la certezza giuridica necessarie per l'industria in Europa» e il rafforzamento delle competenze digitali.

Con l'instaurazione della Commissione Von der Leyen, poi, è stata annunciata l'adozione di una «nuova strategia industriale, quale vettore di transizione sia ecologica che digitale»¹⁴⁹, che è stata finalmente lanciata nel marzo 2020¹⁵⁰ ed è strutturata lungo tre principali direttive: la competitività dell'economia europea nel panorama globale (nella considerazione che «per essere competitivi c'è bisogno di concorrenza, a casa propria e nel mondo»), la neutralità climatica (nell'ambito del c.d. Green Deal europeo¹⁵¹) e la digitalizzazione dell'industria europea. L'attività svolta a livello istituzionale nell'ultimo decennio mostra, nella sostanza, una profonda rivalutazione del ruolo svolto dall'UE nello sviluppo di un'autonoma politica industriale europea che, seppure nei limiti delle competenze attribuite (che impongono all'UE di operare solamente a titolo di sostegno o coordinamento delle politiche

unico digitale in Europa, COM(2015) 192.

¹⁴⁸ Comunicazione della Commissione del 19 aprile 2016, Digitalizzazione dell'industria europea Cogliere appieno i vantaggi di un mercato unico digitale, COM(2016) 180. Secondo la Commissione, in particolare, «interventi pubblici mirati» potessero rivestire un ruolo importante «nel creare le condizioni ideali perché l'adattamento possa aver luogo in tutti i settori, in un contesto competitivo rafforzato dalle norme in materia di concorrenza»

¹⁴⁹ Cfr. la comunicazione della Commissione del 29 gennaio 2020, Programma di lavoro della Commissione 2020, COM(2020) 37.

¹⁵⁰ Cfr. la comunicazione della Commissione del 10 marzo 2020, Una nuova strategia industriale per l'Europa, COM(2020) 102.

¹⁵¹ A sua volta oggetto della comunicazione dell'11 dicembre 2019, Il Green Deal europeo, COM(2019) 640.

nazionali), è sempre più percepita come una componente essenziale del processo di integrazione europea.

4.2.2. La prassi della Commissione e il manifesto franco-tedesco: rischi e opportunità per l'Unione europea

Come si è illustrato nel Capitolo I¹⁵², nelle prime fasi dell'integrazione la definizione delle norme sulle concorrenza aveva visto la contrapposizione tra diverse matrici culturali, che avevano una diversa visione sull'opportunità e sull'estensione dell'intervento dell'Unione nelle dinamiche di mercato. Si è visto anche che il *favor* nei confronti della creazione di conglomerati in grado di competere con le forze economiche statunitensi, pur non traducendosi nell'adozione di politiche dirette a sostegno del consolidamento dei gruppi industriali europei, aveva impedito la tempestiva formazione di una disciplina europea sulle concentrazioni¹⁵³. Tuttavia, con il prevalere della matrice ordoliberalista di origine tedesca, volta a promuovere un «esercizio negativo delle prerogative statuali sull'economia, quindi primariamente a difendere la concorrenza come cornice essenziale allo svolgimento corretto ed equo dei meccanismi di scambio»¹⁵⁴, la prospettiva di dare all'UE competenze "positive" in ordine alla politica industriale, pur non sopita del tutto¹⁵⁵, si era fatta remota.

¹⁵² Si veda, in particolare, quanto illustrato al § 2.2 del Capitolo I.

¹⁵³ E. DE GELLINCK, *European Industrial Policy against the background of the single European act*, in P. COFFEY (a cura di) *Main Economic Policy Areas of the EEC toward 1992*, Dordrecht, 1990, pp. 125-156, spec. p. 127.

¹⁵⁴ F. MASINI, *Tutela della concorrenza e politica industriale europea*, in *Il Federalista*, nn. 1-2, 2019, p. 14, secondo cui «mettere in campo tutte le difese giuridiche per tutelare il cittadino europeo dagli abusi delle posizioni di monopolio non può e non deve aver nulla a che fare con la necessità di creare poli produttivi, finanziari e di ricerca a tutti i livelli ai quali, in ciascun settore, il mercato di riferimento lo impone».

¹⁵⁵ Si pensi, ad esempio, al libro bianco che il Presidente della Commissione europea Jacques Delors fece pubblicare nel 1993, presto dimenticato, ma che proponeva, pur riconoscendo che «l'espressione politica industriale è tuttora controversa», un maggiore coinvolgimento dell'Unione europea nel creare il contesto più favorevole possibile alla competitività delle imprese europee.

L'espunzione di considerazioni di politica industriale dal modello valutativo in sede di controllo delle concentrazioni è oggi confermata dall'art. 2 del regolamento (CE) 139/2004, che consente alla Commissione di tenere in considerazione, da un lato, la «necessità di preservare e sviluppare una concorrenza effettiva nel mercato comune alla luce, segnatamente, della struttura di tutti i mercati interessati e della concorrenza effettiva o potenziale» e, dall'altro, una valutazione «della posizione sul mercato delle imprese partecipanti, del loro potere economico e finanziario, delle possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori, del loro accesso alle fonti di approvvigionamento o agli sbocchi, dell'esistenza di diritto o di fatto di ostacoli all'entrata, dell'andamento dell'offerta e della domanda dei prodotti e dei servizi in questione, degli interessi dei consumatori intermedi e finali nonché dell'evoluzione del progresso tecnico ed economico purché essa sia a vantaggio del consumatore e non costituisca impedimento alla concorrenza»¹⁵⁶.

Questo è confermato anche dalla prassi della Commissione europea. Ad esempio, nel caso *Aérospatiale-Alenia / de Havilland*¹⁵⁷, con cui la Commissione vietava per la prima volta una concentrazione ai sensi del regolamento (CEE) 4064/1989, era stata dichiarata incompatibile con il mercato interno un'operazione, consistente nell'acquisizione, da parte del consorzio italo-francese tra Aérospatiale e Alenia, di una divisione di Boeing Canada, diretto concorrente delle società italiana e francese nella produzione di velivoli a

¹⁵⁶ Art. 2, § 1, regolamento (CE) 139/2004. Un riferimento è incluso, in realtà, nel considerando n. 4 del regolamento sulle concentrazioni, dove si legge che le concentrazioni «devono essere valutate positivamente nella misura in cui corrispondono alle esigenze di una concorrenza dinamica e possono aumentare la competitività dell'industria europea, migliorare le condizioni della crescita ed elevare il tenore di vita nella Comunità».

¹⁵⁷ Decisione della Commissione del 2 ottobre 1991, caso M.053, *Aérospatiale-Alenia / de Havilland*. Sulla decisione, cfr. M. REYNOLDS, *The de Havilland Case: A Watershed for EC Merger Control*, in *International Financial Law Review*, vol. 21, 1991 e, sull'orientamento sviluppato successivamente dalla Commissione, N. PETIT, *Non-Competition Concerns under the ECMR - An Overview*, in *Concurrences*, fasc. 4, 2008.

turboelica per il traffico regionale. La concentrazione era fortemente voluta dall'*establishment* politico degli Stati membri interessati dall'operazione, i quali – a seguito della decisione della Commissione – sollevarono forti obiezioni, spingendosi anche a proporre un coordinamento, nella valutazione delle concentrazioni, tra le DG IV e III (ora, rispettivamente, DG Concorrenza e DG Imprese e Industria).

Anche successivamente al caso *de Havilland*, la Commissione ha mostrato una netta indipendenza dalle istanze di politica industriale manifestate da attori istituzionali e dagli Stati membri nel corso di alcuni casi dalla portata particolarmente significativa. Ad esempio, nel 2000 ha bloccato l'operazione *Volvo / Scania*, fortemente voluta dal governo svedese¹⁵⁸, mentre nel 2002 ha dovuto resistere alle insistenti pressioni politiche di personalità politiche francesi per bloccare la concentrazione *Schneider / Legrand*¹⁵⁹, o di quelle greche nell'operazione *Olympic / Aegean Airlines*¹⁶⁰

Il caso che però ha avuto una portata “deflagrante” rispetto al dibattito sul rapporto tra politica industriale e controllo delle concentrazioni è stata l'operazione *Siemens / Alstom*, che la Commissione ha vietato con decisione del

¹⁵⁸ Cfr. la decisione della Commissione del 14 marzo 2000, caso M.1672, *Volvo/Scania*. Si veda, sul punto, quanto riportato da The Wall Street Journal, *EC Poised to Block Merger of Sweden's Volvo and Scania*, 6 marzo 2000, dove si fa riferimento al fatto che l'operazione « *has been in trouble for weeks despite a personal plea by Swedish Prime Minister Goeran Persson for the deal's approval*».

¹⁵⁹ Cfr. la già citata decisione del 30 gennaio 2002, caso M.2283, *Schneider / Legrand*.

¹⁶⁰ Decisione della Commissione del 26 gennaio 2011, caso M.5830, *Olympic / Aegean Airlines I*. Invero, a seguito della decisione di divieto della concentrazione, una seconda operazione fu analizzata e autorizzata dalla Commissione, a seguito di un rinvio *ex art. 22* della Repubblica di Cipro, nella decisione del 9 ottobre 2013, caso M.6796, *Aegean Airlines / Olympic II*. In proposito, è interessante notare che nel comunicato stampa relativo all'avvio dell'istruttoria in relazione a tale operazione, la Commissione ha affermato che «*the Commission's assessment takes account of relevant factors, such as the state of the Greek economy and the financial situation of the parties*» (cfr. Commissione europea, *Mergers: Commission opens in-depth investigation into proposed acquisition of Olympic Air by Aegean Airlines*, IP/13/361, 23 aprile 2013). Tali fattori, comunque, sembrano essere stati ricondotti in ogni caso ad un'analisi di tipo economico sulle probabilità di ingresso di nuovi operatori nel mercato rilevante e nell'applicazione della *failing firm defence*.

febbraio 2019¹⁶¹. L'operazione, che avrebbe aggregato i due principali operatori nel settore ferroviario europeo, avrebbe creato, secondo la Commissione un *leader* indiscusso sul mercato, riducendo significativamente la concorrenza e determinando un pregiudizio ai consumatori e all'innovazione. L'operazione era, nondimeno, fortemente voluta dai governi di Francia e Germania che hanno reagito, non senza una certa impulsività, al divieto della Commissione con la pubblicazione del già citato "manifesto industriale", nel quale sono state avanzate alcune proposte volte a fare in modo che l'esercizio dei poteri previsti dal regolamento (CEE) 139/2004 non abbia l'effetto di frenare «*a more ambitious European industrial strategy with clear objectives for 2030*». In questo contesto, il manifesto franco-tedesco individua tre corsie sulle quali dovrebbe fondarsi la futura strategia industriale europea. Tra questi, vi è anche una proposta di modifica delle norme in materia di concorrenza e, segnatamente, di quelle in materia di controllo delle concentrazioni¹⁶². In tal senso, il manifesto franco-tedesco propone, da un lato, un aggiornamento delle linee guida in materia di controllo delle concentrazioni al fine di assicurare una maggiore flessibilità nella definizione dei mercati rilevanti – sia nella componente geografica, che dovrebbe estendersi ai mercati globali e non solo europei, sia a quella temporale, che dovrebbe essere più attenta alla «concorrenza futura potenziale» – e, dall'altro, l'introduzione della possibilità per il Consiglio dell'Unione europea di revocare le decisioni della Commissione in «*well-defined cases, subject to strict conditions*».

¹⁶¹ Decisione della Commissione del 6 febbraio 2019, caso M.8677 – *Siemens / Alstom*.

¹⁶² Gli altri due pilastri consisterebbero nell'adozione di massicci investimenti nell'innovazione e nella previsione di misure di tipo protettivo dell'economia europea contro gli investimenti stranieri. A questo ultimo proposito, si veda la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 maggio 2021, relativo alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno, COM(2021) 223, su cui, per un primo commento, cfr. C. BURELLI, *La strategia europea contro le scalate estere alle imprese alla prova dei negoziati*, in *EuBlog.eu*, 15 marzo 2022.

Al manifesto franco-tedesco ha fatto poi seguito un'ulteriore proposta congiunta (recante anche la firma della Polonia) espressamente dedicata alla necessità di una modernizzazione del diritto della concorrenza¹⁶³. Tra le altre cose, la proposta congiunta, che in larga parte sviluppa quanto già affermato nel manifesto franco-tedesco, propone un ampliamento delle efficienze considerate in sede di valutazione di una concentrazione, proponendo di annoverare anche l'impatto dell'operazione in termini di competitività dell'industria europea. Quanto all'architettura istituzionale in materia di controllo delle concentrazioni, la proposta più problematica è quella che riguarda il prospettato coinvolgimento del Consiglio che dovrebbe, in accordo con la presidenza di turno, avere «l'opportunità di discutere la politica delle concentrazioni per quanto riguarda la competitività dei settori industriali dell'UE» al fine di fornire un contributo alla strategia e alla politica della Commissione europea. A ciò si dovrebbe aggiungere un maggiore coinvolgimento degli Stati membri nel processo decisionale, mediante il prospettato rafforzamento delle prerogative del comitato consultivo¹⁶⁴, che dovrebbe veicolare alla Commissione i contributi degli Stati membri.

¹⁶³ *Modernising EU Competition Policy*, accessibile sul portale <https://www.bmwi.de>, su cui si veda M. HEIM, *Modernising European Competition Policy: A Brief Review of Member States' Proposals*, Bruegel Blog Post, 24 luglio 2019.

¹⁶⁴ Ai sensi dell'art. 19 del regolamento (CE) 139/2004, tale comitato è composto di rappresentanti delle autorità competenti per ciascuno Stato membro ed emette un parere in merito ai progetti di decisioni della Commissione, la quale ne tiene in «massima considerazione» ai fini della propria decisione finale. Il funzionamento di tale comitato è disciplinato dal *Working Arrangements for the functioning of the Advisory Committee on concentrations* del 22 novembre 2016.

La proposta contenuta nel manifesto franco-tedesco è stata fortemente criticata in dottrina¹⁶⁵, oltre che da alcuni Stati membri¹⁶⁶ e persino da autorità garanti nazionali della concorrenza¹⁶⁷. Anche la Commissione ha in molteplici occasioni ribadito la correttezza della propria valutazione nel caso *Siemens / Alstom* e ha manifestato la propria opposizione a considerare esigenze di politica industriale nella valutazione delle concentrazioni¹⁶⁸.

A ben vedere, la proposta avanzata nel manifesto franco-tedesco, lungi dal porsi in linea con l'idea di politica industriale europea delineata nel *corpus* di atti di *soft law* adottati dall'UE nella cornice dell'art. 173 TFUE, sembra piuttosto tendere verso una politicizzazione e nazionalizzazione¹⁶⁹ del sistema di controllo delle concentrazioni, nell'ottica di una sua riconfigurazione a

¹⁶⁵ Sul manifesto franco-tedesco, cfr., tra gli altri, V. MELI, *Il public interest nel diritto della concorrenza della UE*, in MCR, fasc. 3, 2020; N. LEVY, C.G. STEEN, H. MOSTYN, D.R. LITTLE, *European champions – Why politics should stay out of EU merger control*, in *Concurrences*, fasc. 2, 2019; B. DEFFAINS, O. D'ORMESSON, T. PERROUD, *Competition Policy and Industrial Policy: for a reform of European Law*, Fondation Robert Schuman, 2020; F. MOSCONI, *Weaving the threads of the new european industrial policy: The case of Italy, Germany, and France*, in *Industria*, vol. 4, 2020; O. GUINEA, F. ERIXON, *Standing Up for Competition: Market Concentration, Regulation, and Europe's Quest for a New Industrial Policy*, European Centre for International Political Economy (ECIPE) Occasional Paper, 2019; P. REY, J. TIROLE, *Keep Politics out of Europe's Competition Policy*, Project Syndicate, 4 marzo 2019; K. AINGER, D. RODRIK, *Rebirth of Industrial Policy and an Agenda for the Twenty-First Century*, in *Journal of Industry, Competition and Trade*, vol. 20, 2020. Si veda anche l'*open letter* pubblicata da 92 giuristi ed economisti antitrust pubblicata su Financial Times, *Franco-German proposals would undermine competitive markets in the EU*, 30 aprile 2019.

¹⁶⁶

¹⁶⁷ Si veda, ad esempio, il comunicato delle autorità di Svezia, Finlandia, Islanda, Norvegia e Danimarca del 27 giugno 2019, *The Nordic Competition Authorities support a strict merger control regime: «relaxing merger control in line with the proposal would come at the cost of weakened competition within the European as well as the domestic markets»* e *«the proposal to change European merger control rules would benefit but a few large European companies and be especially detrimental to Member States with smaller domestic markets»*. Cfr., altresì, il documento pubblicato dall'autorità garante austriaca: cfr. BUNDESWETTBEWERBSBEHÖRDE, *Position Paper on National and European Champions in Merger Control*, 2019.

¹⁶⁸ Cfr. EUROPEAN POLITICAL STRATEGY CENTRE, *EU Industrial Policy After Siemens-Alstom. Finding a new balance between openness and protection*, 18 marzo 2019.

¹⁶⁹ In questi termini, I. LIANOS, *The Future of Competition Policy in Europe*, cit., spec. pp. 23 ss.

immagine di quei modelli (tra qui rientra, come visto, anche quello tedesco) dove è consentito un controllo *ex post* sull'operato delle AGN da parte di organi politici. Se, come si è sostenuto nel paragrafo precedente, la valutazione delle concentrazioni non dovrebbe necessariamente essere avulsa da considerazioni di interessi diversi da quelli concorrenziali, questo non può tradursi in un sovvertimento della disciplina come quello proposto nel manifesto franco-tedesco. Ciò in considerazione sia dell'oggetto della valutazione svolta dalla Commissione sia della proposta di attribuzione di nuove competenze al Consiglio.

Con riferimento al primo profilo, è opportuno ricordare che, a differenza dei valori e degli obiettivi di cui all'art. 3 TFUE (che si pongono in un rapporto di tipo paritetico con la tutela della concorrenza e che pertanto potrebbero essere oggetto di un contemperamento nell'analisi concorrenziale), la disciplina di diritto primario dell'Unione in punto di promozione di politiche a sostegno della competitività dell'industria europea è caratterizzata, come detto, dalla previsione di una clausola di salvaguardia che impedisce l'introduzione di misure distorsive della concorrenza e impone l'esercizio della competenza di cui all'art. 173 TFUE «nell'ambito di un sistema di mercati aperti e concorrenziali». Un contrasto interno al diritto dell'UE sembra *a fortiori* prospettabile considerato che la positiva assimilazione di istanze di politica industriale sarebbe finalizzata non tanto a vietare, o ad assoggettare a condizioni, concentrazioni che sarebbero altrimenti autorizzate, bensì ad approvare – o trattare più favorevolmente – concentrazioni che sarebbero state diversamente vietate, o soggette a più onerose condizioni, in ragione in quanto non problematiche dal punto di vista della tutela della concorrenza. Una situazione che porterebbe ad attribuire alle istanze di politica industriale una portata “revocatoria” sulle considerazioni di efficienza che costituiscono il cuore dell'analisi antitrust delle concentrazioni.

Altrettanto problematico pare il ruolo che verrebbe attribuito al Consiglio, la cui esclusione dal processo valutativo in ambito antitrust costituisce uno dei capisaldi della disciplina in vigore, oltre che un risultato di ampie negoziazioni che ebbero luogo nei momenti fondativi della disciplina, di cui si è scritto nel Capitolo I. Una decisione del Consiglio, la cui composizione squisitamente politica pone altresì problemi di legittimazione, oltre che di corretta allocazione delle competenze all'interno dell'UE e di adeguato sindacato delle relative decisioni da parte della Corte di giustizia, che si troverebbe a dover censurare valutazioni di natura compromissoria il cui controllo non sarebbe ricompreso nel sindacato di legittimità che la Corte svolge sulle decisioni della Commissione¹⁷⁰.

Anche ritenendo che il diritto dell'UE lasci dei margini entro cui operare un tale bilanciamento, permangono dubbi sull'opportunità di una valutazione di questo tipo, considerato che una vera strategia industriale dell'UE – per come questa è stata delineata nelle numerose strategie e comunicazioni che si sono succedute negli ultimi vent'anni – non dovrebbe incentrarsi sulla creazione artificiosa di “campioni” che, per quanto spesso definiti “europei”, molto più di frequente rappresentano le economie di pochi e grandi Stati europei.

5. Considerazioni conclusive sulla considerazione di interessi meta-concorrenziali nell'ambito del controllo delle concentrazioni

Le concentrazioni producono conseguenze che, spesso, non sono possono essere circoscritte a una modifica della struttura del mercato e dei

¹⁷⁰ Infatti, il sindacato esercitato dal giudice dell'UE sulle valutazioni della Commissione deve limitarsi, per costante giurisprudenza, alla verifica dell'osservanza delle norme relative alla procedura e alla motivazione nonché dell'esattezza materiale dei fatti, dell'insussistenza di errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere, senza che ciò possa comportare una sostituzione della propria valutazione a quella della Commissione. Cfr., tra gli altri, Cfr., in tal senso, la sentenza del Tribunale del 5 settembre 2014, causa T-471/11, *Éditions Odile Jacob SAS c. Commissione*, ECLI:EU:T:2014:739, spec. punto 137.

rapporti tra gli attori economici che determinano lo scenario competitivo nel mercato rilevante di riferimento. Infatti, le concentrazioni possono avere ripercussioni, più o meno dirette, sul tessuto sociale di un dato ordinamento, incidendo su ambiti che, tradizionalmente, non costituiscono l'oggetto dell'analisi svolta dalla Commissione europea nel proprio processo decisionale (si pensi, ad esempio, alla tutela dell'occupazione e della salute, al mantenimento del pluralismo nei mezzi di informazione, alla protezione della *privacy* ovvero dell'ambiente).

In questo senso, si è visto che la prassi europea in materia di controllo delle concentrazioni ha progressivamente assunto il parametro del *consumer welfare* come elemento centrale dell'analisi sugli effetti delle concentrazioni, con ciò determinando, di fatto, l'espunzione di istanze e interessi «meta-concorrenziali» dalla propria analisi, improntata a una complessa prognosi *ex ante* degli effetti delle concentrazioni con riferimento ai possibili rischi di ostacolo di una concorrenza effettiva nel mercato interno.

La circostanza che le concentrazioni determinino effetti che vanno al di là della mera struttura del mercato spiega, da un lato, l'iniziale ritrosia degli Stati membri di attribuire tale prerogativa all'Unione europea (e, nello specifico, alla Commissione in quanto istituzione squisitamente "comunitaria") e, dall'altro, l'esistenza di numerose clausole «di salvaguardia sociale e industriale»¹⁷¹, previste tanto a livello europeo (nell'art. 21 del regolamento sulle concentrazioni) quanto nelle normative statali, la cui spiccata eterogeneità comporta un effetto di frammentazione all'interno del mercato unico.

Sulla base di questa premessa, nel presente Capitolo la questione relativa alla necessità di un contemperamento di obiettivi diversi dalla concorrenza nell'ambito del controllo delle concentrazioni è stata affrontata in

¹⁷¹ Cfr. L. ARNAUDO, *Il controllo delle concentrazioni*, in A. FRIGNANI, S. BARIATTI (a cura di), *La disciplina della concorrenza nella UE*, Padova, 2013.

una duplice prospettiva. Da un lato, attraverso un'analisi dell'art. 21 del regolamento (CE) 139/2004 e della sua applicazione, si è visto che questo non sembra rappresentare uno strumento del tutto soddisfacente nell'ottica della promozione di un dialogo tra Unione europea e Stati membri. In particolare, la natura bicefala di tale norma – che, da un lato, consente agli Stati di adottare misure protettive a salvaguardia di taluni interessi “codificati” e, dall'altro, prevede un obbligo di comunicazione delle misure adottate sulla base di altri interessi “non codificati” – agevola il compimento di condotte elusive da parte degli Stati membri, in palese violazione dell'art. 21 e del principio di leale cooperazione. Peraltro, anche laddove la Commissione riesca a ravvisare misure statali che violino l'art. 21, i rimedi non sembrano a disposizione dell'Unione del tutto adeguati. Da un lato, casi come la vicenda *Endesa* dimostrano che le decisioni sulla base dell'art. 21 non abbiano sempre un effetto deterrente rispetto alle condotte dei governi nazionali, specialmente laddove questi siano mossi da esigenze di consenso politico o di promozione dell'industria nazionale. Dall'altro, l'alternativa della procedura d'infrazione non appare come una soluzione efficace, in termini di tempestività e deterrenza¹⁷². Inoltre, la natura necessariamente successiva di tali rimedi può rendere difficile il ripristino della situazione scevra dalle distorsioni causate dallo Stato membro, specialmente in quei casi in cui le misure statali non si siano limitate al divieto della concentrazione ma abbiano comportato

¹⁷² Sull'efficacia di tale rimedio, su tutti, cfr. L. PRETE, *Infringement procedures and sanctions under Article 260 TFEU: evolution, limits and future prospects*, in A. MIGLIO, F. COSTAMAGNA, S. MONTALDO (a cura di), *EU Law Enforcement. The Evolution of Sanctioning Powers*, Torino, 2020; M. CONDINANZI, C. AMALFITANO, *La procedura di infrazione dieci anni dopo Lisbona*, in *Federalismi.it*, n. 19, 2020. Come osservano F. GHEZZI, M. BOTTA, *Standard di valutazione, interessi nazionali ed operazioni di concentrazione*, cit., gli Stati membri hanno raggiunto lo scopo ultimo di proteggere gli interessi nazionali, ritenendo che il vantaggio politico derivante dal privilegiare detti interessi nel breve periodo fosse superiore ad eventuali e comunque futuri costi associati ai rimedi adottati nei loro confronti in sede europea.

limitazioni, disinvestimenti o la partecipazione alla concentrazione di imprese diverse.

Le soluzioni che potrebbero essere adottate sono molteplici. In primo luogo, si rende auspicabile completare il processo di armonizzazione delle normative nazionali che, in materia di concorrenza, appare oggi incompiuto: attraverso direttive di armonizzazione adottate nell'ambito della rete europea della concorrenza (analogamente a quanto effettuato con la direttiva ECN⁺¹⁷³ in materia di poteri e indipendenza delle autorità garanti nazionali), ad esempio, l'Unione potrebbe avviare un ambizioso percorso di uniformazione dei parametri di valutazione sostanziale che le autorità dei singoli Stati membri utilizzano nelle valutazioni delle concentrazioni. In secondo luogo, dovrebbe essere valutata un'eliminazione della regola dei "due terzi" che, come si è visto, ha talvolta l'effetto di sottrarre alla competenza della Commissione europea operazioni che presentano un rilievo non esclusivamente nazionale. In terzo luogo, il regolamento (CE) 139/2004 dovrebbe essere modificato al fine di uniformare gli aspetti procedurali relativi alla comunicazione degli interessi "codificati" e "non codificati" di cui all'art. 21, § 4, prevedendo che in tutti i casi in questi vengano fatti valere né sia data comunicazione preventiva alla Commissione europea e alle autorità garanti della concorrenza degli altri Stati membri. Un meccanismo di questo tipo potrebbe (*recte*: dovrebbe) essere coordinato con quello, di recente introduzione per effetto del regolamento (UE)

¹⁷³ Direttiva (UE) 2019/1 dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno (G.U.U.E. L 11 del 14 gennaio 2019). Sulla portata e l'impatto della direttiva ECN⁺, cfr. M. BOTTA, *The Draft Directive on the Powers of National Competition Authorities: the Glass Half Empty and Half Full*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, vol. 38, n. 10, 2017, F. GHEZZI, *La proposta di direttiva in materia di rete europea della concorrenza e la necessità di un giusto equilibrio tra efficienza e garanzie*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, vol. 5, 2017 e, con specifico riferimento all'ordinamento italiano (dove la direttiva è stata infine recepita con D.Lgs. n. 185/2021), si consenta un rinvio a G. DALLA VALENTINA, *Competition law enforcement in Italy after the ECN+ directive: the difficult balance between effectiveness and over-enforcement*, in *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, vol. 12, n. 20, 2019.

2019/452, relativo al controllo degli investimenti esteri diretti. Così, si potrebbe assicurare, da un lato, una più efficace procedimentalizzazione a vantaggio della Commissione europea e, dall'altro, una maggiore trasparenza e prevedibilità delle conseguenze delle concentrazioni che le imprese europee ed extra-europee mirano a realizzare, a beneficio ultimo della certezza del diritto e del legittimo affidamento.

Con riferimento alla seconda questione che è stata trattata nel presente Capitolo, relativa alla possibilità per la Commissione di prendere essa stessa in esame fattori e obiettivi diversi dall'analisi delle efficienze della concentrazione, una risposta adeguata non dovrebbe, a mio avviso, richiedere una riforma delle norme in materia di controllo delle concentrazioni. La centralità assunta dall'analisi economica degli effetti e la sua declinazione in un onere della prova particolarmente elevato in capo alla Commissione (come dimostrato dalla recente giurisprudenza *CK Telecoms*¹⁷⁴) non dovrebbero far dimenticare che la tutela della concorrenza all'interno dell'UE non è stata delineata come un valore assoluto e incapace di essere posto in relazione con altri valori e obiettivi incardinati nei Trattati, con i quali dovrebbe essere posto in relazione nell'obiettivo della realizzazione di quello «sviluppo sostenibile dell'Europa» menzionato dal Trattato sull'Unione europea. In questo senso, un modello “policentrico” come quello proposto nel presente Capitolo, che tenga in considerazione il fatto che gli effetti di una concentrazioni possano riverberarsi anche su altre sfere dell'economia e della società europea, appare coerente con lo spirito dei Trattati e con le sensibilità costituzionali degli Stati membri, che spesso già prevedono a livello nazionale meccanismo di controllo di tal guisa. Per tale ragione, il controllo delle concentrazioni dovrebbe essere meno

¹⁷⁴ Sentenza del Tribunale del 28 maggio 2020, causa T-399/16, *CK Telecoms UK Investments Ltd c. Commissione*, ECLI:EU:T:2020:217, che ha annullato la decisione della Commissione dell'11 maggio 2006, caso M.7612, *Hutchison 3G UK / Telefónica UK*, su cui veda quanto rilevato *amplius* nel § 4.1 del Capitolo III.

focalizzato sull'analisi statica degli effetti delle operazioni su un dato mercato (geografico e del prodotto) e non dovrebbe avere il timore, in alcune occasioni, di considerare efficienze esterne a tale mercato. Tale prospettiva deve essere, comunque, valutata con cautela e dovrebbe essere eventualmente oggetto di un'applicazione nella quale la valutazione delle concentrazioni sia svolta, comunque, nel rispetto del paradigma di valutazione previsto all'art. 2 del regolamento (CE) 139/2004. Inoltre, l'esistenza di un *trade-off* tra la concorrenza effettiva e tali obiettivi pubblici dovrebbe essere oggetto di una valutazione preliminare da parte della Commissione, eventualmente soggetta a meccanismi di consultazione pubblica, e potrebbe in ogni caso riguardare solamente obiettivi a cui i Trattati attribuiscono un valore primario e non subordinato alla tutela della concorrenza. Tale bilanciamento, poi, potrebbe portare all'adozione di misure "difensive"¹⁷⁵ (comunque nei limiti di quanto strettamente necessario ad assicurare la tutela delle descritte istanze meta-concorrenziali), mentre un contrario esito di tipo "proattivo" potrebbe aversi solamente in circostanze eccezionali. Tra queste, peraltro, non sembra potersi annoverare la promozione di una politica industriale, la cui subordinazione alle esigenze di tutela della concorrenza e di piena realizzazione del mercato unico è espressamente prevista dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

¹⁷⁵ Ovverosia, un divieto o la sottoposizione a condizioni o limiti di una concentrazione che sarebbe stata diversamente autorizzata o autorizzata senza condizioni.

Capitolo III Controllo delle concentrazioni e digitalizzazione, tra rischi di *under-enforcement* e nuovi paradigmi valutativi

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. *Big data*, piattaforme e mercati multi-versante: una tassonomia delle principali fattispecie. – 2.1. Il dati nell'economia e nell'ordinamento dell'Unione europea. – 2.2. I *big data*: tentativi definitivi e impatto sulla disciplina antitrust dell'Unione europea. . – 2.2.1. Le caratteristiche essenziali dei *big data*. – 2.2.2. La catena di valore dei *big data*. – 2.3. Le piattaforme online e i mercati multi-versante. – 3. La definizione dei mercati rilevanti nell'economia digitale. – 3.1. La definizione del mercato rilevante nel controllo delle concentrazioni: cenni. – 3.2. (*segue*) L'aggiornamento della comunicazione sulla definizione del mercato rilevante: rischi e opportunità. – 3.3. Le sfide poste dalla definizione del mercato rilevante nell'economia digitale. – 4. Valutazione sostanziale e rischi di mancata detenzione delle concentrazioni nell'economia digitale. – 4.1. La valutazione delle concentrazioni alla luce del regolamento (CE) 139/2004: cenni. – 4.2. Le criticità e le sfide poste dalla digitalizzazione. – 4.2.1. Le concentrazioni finalizzate all'acquisizione di *big data*. – 4.2.2. L'acquisizione di concorrenti nascenti o di forti innovatori nel settore digitale. – 4.3. I possibili rimedi. – 4.3.1. L'ampliamento della competenza della Commissione mediante una revisione delle soglie di fatturato. – 4.3.2. 4.3.2. Il *revirement* nell'applicazione dell'art. 22 del regolamento (CE) 139/2004 e i casi *Meta / Kustomer* e *Illumina / Grail*: cattivi presagi? – 5. Considerazioni conclusive sui rischi e sulle prospettive di riforma della disciplina in relazione alla digitalizzazione.

1. Premessa

Come si è già avuto modo di rilevare nei precedenti Capitoli, una parte consistente delle suggestioni a favore di un ripensamento della disciplina del controllo delle concentrazioni può essere ricondotta a una serie di sconvolgimenti – di natura non solo giuridica, ma anche economica, sociale e finanche culturale – che hanno interessato il mondo occidentale e che possono essere ricondotti a quella che viene definita la «quarta rivoluzione industriale»¹.

¹ Si veda, ad esempio, WORLD ECONOMIC FORUM, *Agile Regulation for the Fourth Industrial Revolution A Toolkit for Regulators*, 2020. Anche laddove la diffusione di Internet e il crescente rilievo di *big data* non sono stati assimilati alle precedenti rivoluzioni industriali, il radicale mutamento determinato dalla digitalizzazione dell'economia mondiale non è sottostimato ed è stato descritto nei termini di "rivoluzione". Si pensi, ad esempio, all'*Indagine Conoscitiva sui big data* svolta congiuntamente dall'AGCM, dal Garante per la Protezione dei Dati Personali e dall'Autorità per le Garanzie delle Comunicazioni (AGCOM), dove si parla di «rivoluzione digitale e informatica»; ovvero al noto studio del 2019 commissionato dalla Commissione europea, dove sono numerose

Nel presente Capitolo, sarà in primo luogo effettuata una ricostruzione, non solo di alcuni concetti fondamentali ai fini del discorso sulla concorrenza nei mercati digitali – nella consapevolezza che dall’inevitabile mutevolezza di tali concetti siano derivati rilevanti margini speculativi di particolare rilevanza per il diritto europeo della concorrenza² – ma anche di quei concetti economico-giuridici “tradizionali” che sono tornati protagonisti nel dibattito intorno all’*enforcement* antitrust nei mercati digitali. La riflessione si sposterà poi sulle specifiche criticità che tale «rivoluzione digitale» ha determinato per la disciplina del controllo delle concentrazioni.

Alla luce della complessità e dell’intrinseca ambiguità degli argomenti trattati, si cercherà, innanzitutto, di fornire alcune definizioni dei fenomeni (tecnologici, economici e sociali) che costituiscono la necessaria premessa fattuale per l’analisi giuridica oggetto del presente capitolo. Successivamente, saranno identificate le questioni più pregnanti che la digitalizzazione dei mercati, la *platform economy* e il ruolo sempre più centrale dei *big data* sollevano rispetto alla disciplina europea del controllo delle concentrazioni: dalla definizione dei mercati rilevanti nell’economia digitale, ad esempio in relazione alle difficoltà definitorie derivanti dai mercati multi-versante (cfr. il § 2 *infra*), alla (pretesa) necessità di sviluppare nuove teorie del danno nell’ambito della valutazione delle “*big tech mergers*” (cfr. il § 3 *infra*). Con riferimento a tali profili si cercherà, infine, di analizzare criticamente le proposte avanzate in seno all’UE, cercando di comprendere se queste siano idonee a rispondere alle esigenze di rinnovamento da più parti manifestate (cfr. il § 4 *infra*).

le allusioni alla «*digital revolution*» (cfr. J. CRÉMER, Y. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era*, Bruxelles, 2019).

² J. MANYIKA, M. CHUI, *Big data: The next frontier for innovation, competition, and productivity*, McKinsey Global Institute, 2011.

2. ***Big data, piattaforme e mercati multi-versante: una tassonomia delle principali fattispecie***

Nell'analizzare l'impatto della digitalizzazione sulla disciplina antitrust, il dibattito scientifico e istituzionale si agita intorno ad alcune nozioni, i cui confini non sono per nulla pacifici, sia per l'intrinseca mutevolezza che caratterizza tali concetti nell'evolversi del panorama tecnologico³, sia perché tale dibattito è stato spesso impregnato da connotati socio-politici, in larga misura derivanti dai riflessi che la repentina evoluzione delle tecnologie di *Information Technology* (IT) ha determinato su valori di rilievo primario, quali il pluralismo, la democrazia, la sicurezza nazionale e la protezione di diritti fondamentali, anche tutelati dall'UE, quali il diritto alla protezione dei dati personali⁴ o alla salute⁵.

Con riferimento alle discipline giuridiche e, più in particolare, alla materia del diritto della concorrenza, un importante contributo, in termini di individuazione e definizione delle problematiche, è stato fornito, oltre che dall'OCSE, dalle autorità garanti nazionali⁶, che hanno portato avanti, negli ultimi anni, significative attività non solo di *enforcement* ma anche di studio.

³ Lo evidenzia, tra gli altri, l'OCSE, *Exploring data-driven innovation as a new source of growth: mapping the policy issues raised by "big data"*, OECD Digital Economy Papers, 2013, spec. p. 222.

⁴ In proposito, si noti che l'art. 8 CdfUE prevede che «ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano» e che «tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica».

⁵ Merita di essere segnalata, in proposito, la comunicazione della Commissione del 25 aprile 2018, relativa alla trasformazione digitale della sanità e dell'assistenza nel mercato unico digitale, alla responsabilizzazione dei cittadini e alla creazione di una società più sana, COM(2018) 233. Per un'analisi si rinvia a G. DI FEDERICO, *Digitalizzazione dei servizi sanitari e Unione Europea: uno sguardo d'insieme sullo stato dell'arte e sulle sfide future*, in C. BOTTARI (a cura di), *La salute del futuro. Prospettive e nuove sfide del diritto sanitario*, Bologna, 2020.

⁶ Ad esempio, cfr. J. CRÉMER, Y. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era*, cit. (commissionato dalla Commissione europea); AGCM, AGCOM,

2.1. Il dati nell'economia e nell'ordinamento dell'Unione europea

I *big data* sono oggetto di analisi da parte degli studiosi di diritto della concorrenza da diversi anni⁷.

Com'è noto, nel 2012 la *Harvard Business Review* evidenziava come la «*big data revolution*» avrebbe consentito alle società statunitensi di prevedere al meglio le evoluzioni del mercato e prendere di conseguenza scelte commerciali migliori e più efficienti rispetto al passato⁸. L'auspicio della prima ora ha ceduto presto il passo alla realizzazione che l'accesso a notevoli volumi di informazioni, unitamente alla loro elaborazione mediante sistemi automatici di

GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, 10 febbraio 2020; AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, BUNDESKARTELLAMT, *Competition Law and Data*, 2016; ID., *Algorithms and Competition*, 2019; COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, *CNMC's contribution on the "implications of digitisation for competition policy" for the conference on "Shaping Competition Policy in the Era of Digitisation"*, 2018; AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Competition & e-commerce*, 2020; ID., *Contribution de l'Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques*, 2020; COMPETITION & MARKETS AUTHORITY, *Online platforms and digital advertising Market study interim report*, 2019; AUTORITÉ BELGE DE LA CONCURRENCE, AUTORITEIT CONSUMENT & MARKT, CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Joint memorandum of the Belgian, Dutch and Luxembourg competition authorities on challenges faced by competition authorities in a digital world*, 2019; AUSTRALIAN COMPETITION & CONSUMER COMMISSION, *Digital platforms inquiry - final report*, 2019; KONKURRENSVERKET, SAMKEPPNISEFTIRLITÐ, KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN, KONKURRENCE- OCH KONSUMENTVERKET, KONKURRANSETILSYNET, *Digital platforms and the potential changes to competition law at the European level*, 2020.

⁷ Senza pretesa di esaustività, sull'impatto dei *big data* sul diritto della concorrenza, *ex multis*, M. MAGGIOLINO, *I big data e il diritto antitrust*, Milano, 2018; A. ODENNINO (a cura di), *Special Issue: Data Flow, big data And International Economic Law*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 31, n. 4, 2017, p. 775; X. BOUTIN, G. CLEMENS, *Defining "big data" in Antitrust*, in *CPI*, 2017; A. GIANNACCARI, *La storia dei big data, tra riflessioni teoriche e primi casi applicativi*, in *MCR*, fasc. 2, 2017, pp. 307-332; D. SOKOL, R. COMERFORD, *Antitrust and Regulating big data*, in *George Mason Law Review*, 23, 2015-2016, pp. 1-33; G. PITRUZZELLA, *Big data and Antitrust Enforcement*, in *Rivista Italiana di Antitrust*, 4(1), 2017, pp. 77-86; L.H. LUBYOVÁ, *big data in the EU Competition Law*, Charles University Law Faculty Research Paper, I(1), 2018; M. TAMKE, *Big data and Competition Law*, in *ZWeR Heft*, 4, 2017, pp. 358-371; V. ZENO-ZENCOVICH, *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in *Medialaws*, 2, 2021, pp. 32-38; F. VESSIA, *big data: dai vantaggi competitivi alle pratiche abusive*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 6, 2018; M.E. STUCKE, A.P. GRUNES, *Debunking the Myths over big data and Antitrust*, in *CPI Antitrust Chronicle*, 2015, n. 10.

⁸ A. MCAFEE, E. BRYNJOLFSSON, *Big data: The Management Revolution*, in *Harvard Business Review*, 2012.

machine learning potesse avere un impatto talmente rilevante sul mercato da determinare effetti distorsivi della concorrenza. Da ausilio alla produttività e alla crescita economica, la raccolta delle informazioni ha assunto dimensioni tali da diventare essa stessa il centro di nuovi modelli di *business* fondati sulla raccolta di grandi volumi di informazioni e sull'utilizzo commerciale dei dati così acquisiti.

Questo mutamento di prospettiva ha portato con sé l'idea che il più appropriato strumento per affrontare le inquietudini connesse all'emersione e alla crescente centralità di mercati e condotte *data-driven* fosse, appunto, il diritto antitrust⁹, autonomamente o – secondo l'impostazione maggioritaria, e da ultimo abbracciata dall'UE – congiuntamente ad un intervento di natura regolamentare¹⁰. Un'affermazione che deve peraltro confrontarsi con i principi elaborati dalla Commissione europea e dalla Corte di giustizia, che – sulla scorta dell'esperienza statunitense¹¹ – hanno tentato di delimitare l'ambito

⁹ Si veda, in tal senso, il recente intervento di P. MERLINO, *Antitrust e tutela dei dati personali: un rapporto in cerca di definizione*, presentazione alla XIII edizione del convegno *Antitrust tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea*, Treviso, 25 maggio 2018, secondo il quale «non sorprende che da più parti sia stato suggerito di utilizzare il diritto della concorrenza – e in particolare il divieto di abuso di posizione dominante – per ovviare a percepite carenze nella tutela dei dati personali nel mondo di *big data* sulla base dell'idea che il diritto della concorrenza sia *about more than just economics*». In letteratura, *ex multis*, cfr. D.D. SOKOL, R. COMERFORD, *Does Antitrust Have A Role to Play in Regulating big data?*, in *Cambridge Handbook of Antitrust, Intellectual Property and High Tech*, 2016; M.E. STUCKE, A.P. GRUNES, *Debunking the Myths Over big data and Antitrust*, in *CPI Antitrust Chronicle*, 2015, p. 5, secondo cui «*one cannot quarantine privacy and competition concerns, unless one contorts the goals of competition policy to a narrow economic objective that few other antitrust practitioners and experts share*».

¹⁰ *Ex multis*, cfr. M. MAGGIOLINO, *I big data*, cit., p. 135, la quale osserva che le preoccupazioni competitive connesse alle caratteristiche strutturali dei mercati delle tecnologie dell'informazione possano essere gestite preferendo all'applicazione del diritto antitrust l'adozione di un approccio «più schiettamente regolamentare» che «potrebbe poi anche abbracciare la totalità delle imprese attive in un particolare settore ed applicare ad esse alcuni principi cari al diritto antitrust».

¹¹ Si veda la decisione della Federal Trade Commission del 2 dicembre 2007, *Google/DoubleClick*, FTC file 071-0170: «*not only does the Commission lack legal authority to require conditions to this merger that do not relate to antitrust, regulating the privacy requirements of just one company could itself pose a serious detriment to competition in this vast and rapidly evolving industry*».

operativo degli strumenti posti dal diritto antitrust rispetto a tematiche a questo estranee, quale la protezione dei dati personali¹².

Ciò che è certo è che, oggi, l'importanza dei dati nell'ordinamento europeo non può essere sottostimata, e un'analisi del loro impatto esclusivamente dall'angolo prospettico del diritto della concorrenza (e, *a fortiori*, della disciplina del controllo delle concentrazioni) non è certamente sufficiente a esaurire le questioni giuridiche che essi pongono¹³.

2.2. I big data: tentativi definitivi e impatto sulla disciplina antitrust dell'Unione europea

2.2.1. Le caratteristiche essenziali dei big data

La nozione europea di dati allude, secondo la sua più recente manifestazione, a qualsiasi «rappresentazione digitale di atti, fatti o informazioni e qualsiasi raccolta di tali atti, fatti o informazioni, anche sotto

¹² Si veda la sentenza della Corte di giustizia del 23 novembre 2006, causa C-238/05, *Asnef-Equifax e a. c. Ausbanc*, ECLI:EU:C:2006:734, punto 63: «le eventuali questioni relative alla natura riservata dei dati a carattere personale non rientrano, in quanto tali, nel diritto della concorrenza, le stesse possono essere risolte sulla base delle disposizioni rilevanti in materia di tutela di tali dati». Similmente, nella decisione della Commissione europea, del 3 ottobre 2014, M.7217, *Facebook / WhatsApp*, punto 164, si legge che «*any privacy-related concerns flowing from the increased concentration of data within the control of Facebook as a result of the Transaction do not fall within the scope of the EU competition law rules but within the scope of the EU data protection rules*». La Commissione ha peraltro evidenziato come la disciplina dell'Unione europea in materia di dati personali sia tale in grado di tutelare con maggiore efficacia del diritto della concorrenza le preoccupazioni relative alla privacy. In questo senso, cfr. la decisione della Commissione del 6 dicembre 2016, caso M.8124, *Microsoft / LinkedIn*, 6 dicembre 2016, punto 178, «*the GDPR provides for a harmonised and high level of protection of personal data and fully regulates the processing of personal data in the EU, including inter alia the collection, use of, access to and portability of personal data as well as the possibilities to transmit or to transfer personal data. This may further limit Microsoft's ability to have access and to process its users' personal data in the future since the new rules will strengthen the existing rights and empowering individuals with more control over their personal data*».

¹³ Tra i molti, cfr. F. ROSSI DAL POZZO (a cura di), *Mercato Unico Digitale, dati personali e diritti fondamentali*, in *Eurojus*, n. spec., 2020; G. M. RUOTOLO, *I dati non personali: l'emersione dei big data nel diritto dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018.

forma di registrazione sonora, visiva o audiovisiva»¹⁴. A loro volta, i dati possono essere suddivisi nelle macro-categorie di dati «personali» e «non personali», quest'ultimi identificati per esclusione rispetto alla prima categoria, per la quale occorre invece fare riferimento alla definizione inclusa nel regolamento (UE) 679/2016 ("RGPD") relativo alla protezione delle persone fisiche con riferimento al trattamento dei relativi dati personali¹⁵.

Nel dibattito sulle prospettive del diritto della concorrenza, una nozione centrale è quella dei megadati, o *big data*. Tale nozione è, tuttavia, tutt'altro che univoca. Nel 2014, la Commissione ha definito i *big data* come «grandi quantità di dati di tipo diverso prodotti a grande velocità da numerosi tipi di fonti. La gestione di questi *dataset* ad elevata variabilità e in tempo reale impone il ricorso a nuovi strumenti e metodi, quali ad esempio potenti processori, *software* e algoritmi»¹⁶. Una nozione simile è stata accolta anche dal Parlamento europeo, che fa riferimento «alla raccolta, all'analisi e all'accumulo ricorrente di ingenti quantità di dati, compresi i dati personali, provenienti da una serie di fonti diverse, che sono oggetto di un trattamento automatizzato mediante algoritmi informatici e tecniche avanzate di trattamento dei dati, che usano sia

¹⁴ Si veda l'art. 1, § 1, n. 1, della proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2020 relativo alla *governance* europea dei dati (atto sulla *governance* dei dati), COM(2020) 767, ma anche l'art. 1, § 1, n. 19, della proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 dicembre 2020 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali), COM(2020) 842.

¹⁵ In particolare, tale norma definisce come dati personali «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile ("interessato"); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale» (art. 1, § 1, n. 1).

¹⁶ Comunicazione della Commissione del 2 luglio 2014, Verso una florida economia basata sui dati, COM(2014) 442.

informazioni memorizzate sia in *streaming*, al fine di individuare determinate correlazioni, tendenze e modelli»¹⁷.

L'enfasi è stata pertanto posta, in tal senso, sul volume di dati raccolti, e sulle modalità che tali volumi esigono, solitamente effettuate mediante automatizzazione e l'impiego di algoritmi che consentano di individuare correlazioni di natura probabilistica, tendenze o modelli sui quali elaborare le proprie strategie di mercato.

Questi due elementi – segnatamente, la grande dimensione dei *set* di dati e la necessità di impiegare potenza di calcolo su larga scala e *software* non standard per estrarre valore dai suddetti dati in un tempo ragionevole – costituiscono i connotati essenziali, anche se non ne esauriscono la descrizione, di *big data*¹⁸. In quest'ottica, una nota definizione proposta all'inizio degli anni Duemila da parte di un analista di una società di consulenza Gartner, identificava i *big data* sulla base di tre "V"¹⁹: la dimensione (*volume*), la velocità

¹⁷ Risoluzione del Parlamento europeo del 14 marzo 2017 sulle implicazioni dei *big data* per i diritti fondamentali: privacy, protezione dei dati, non discriminazione, sicurezza e attività di contrasto, 2016/2225(INI) (G.U.U.E. C 263/82 del 25 luglio 2019). In tale risoluzione, peraltro, il Parlamento europeo già aveva osservato la repentina crescita del settore dei *big data* (stimata intorno al del 40% all'anno, sette volte più velocemente del mercato delle tecnologie dell'informazione) e che «la concentrazione di grandi insiemi di dati prodotti dalle nuove tecnologie offre informazioni essenziali per le grandi aziende, il che innesca cambiamenti senza precedenti nei rapporti di forza tra cittadini, governi e attori privati; che tale concentrazione di poteri nelle mani delle imprese potrebbe consolidare i monopoli e le pratiche abusive nonché avere un effetto dannoso sui diritti dei consumatori e su un'equa concorrenza di mercato; che l'interesse dei singoli e la protezione dei diritti fondamentali dovrebbero essere ulteriormente analizzati nell'ambito delle fusioni di *big data*».

¹⁸ Cfr. OCSE, *Big data: Bringing Competition Policy To The Digital Era*, Background note by the Secretariat, COMP(2016)14, 2016, spec. § 2; A. DE MAURO, M. GRECO, M. GRIMALDI, *A Formal Definition of big data Based on its Essential Features*, in *Library Review*, vol. 65, n. 3, 2016, pp. 122-135.

¹⁹ D. LANEY, *3D Data Management: Controlling Data Volume, Velocity and Variety*, Meta Group, 6 febbraio 2001. Secondo la definizione riportata sul portale della stessa Gartner, i *big data* questi ultimi sono «*high-volume, high-velocity and/or high-variety information assets that demand cost-effective, innovative forms of information processing that enable enhanced insight, decision making, and process automation*». Sebbene la definizione operata da Laney venga solitamente considerata come una delle prime prese di coscienza del fenomeno dei *big data*, vi sono evidenze del fatto che, già dalla metà degli

che con cui i dati raccolti, processati e diffusi (*velocity*), nonché l'eterogeneità delle informazioni aggregate per il tramite di tali dati (*variety*).

Il volume dei dati²⁰ è particolarmente rilevante anche in relazione alle possibilità di utilizzazioni secondarie dei dati raccolti che, essendo solitamente ridondanti rispetto alle esigenze sottese alla loro raccolta, possono essere sfruttati, da parte del soggetto che li ha raccolti e/o che ne ha usufruito in prima battuta o da terzi che ne vengano in possesso, solitamente dietro la corresponsione di denaro o altra contropartita. L'importanza di queste "sacche" di dati, che possono essere generate nel corso di attività che perseguono obiettivi strategici diversi dall'acquisizione di *big data*²¹, va pertanto oltre alle mere esigenze sottese al primo utilizzo e peculiari del primo utilizzatore²².

anni Novanta, il fenomeno era già discusso sia in testi divulgativi (in particolare, alcuni documenti riconducibili alla società Silicon Graphics, come una presentazione di John Mashey del 1998 intitolata *big data and the Next Wave of InfraStress*) sia in alcune pubblicazioni scientifiche (es., S.M. WEISS, N. INDURKHYA, *Predictive data mining: a practical guide*, Burlington, 1998). Cfr, per una ricostruzione, F.X. DIEBOLD, *A personal perspective on the origin(s) and development of 'big data': the phenomenon, the term, and the discipline*, PIER Working Paper No. 13-2012, il quale osserva come la definizione operata da Laney fu significativa, se non per tempestività, certamente per la concettualizzazione di alcuni dei connotati essenziali di tale fenomeno.

²⁰ Come viene riportato nella comunicazione della Commissione del 19 febbraio 2020, Una strategia europea per i dati, COM(2020) 66, «il volume dei dati prodotti a livello mondiale è in rapida crescita, dai 33 zettabyte del 2018 ai 175 zettabyte previsti nel 2025». Uno zettabyte corrisponde a 10²¹ byte (ovverosia l'unità di misura della memorizzazione elettronica).

²¹ Come ricorda nell'*incipit* del proprio lavoro M. MAGGIOLINO, *I big data*, cit., «non sono pochi i casi di imprese che si trovano a disporre di *big data* mentre e perché perseguono altri piani e obiettivi strategici. Questo è ad esempio il caso di un'impresa che, producendo pneumatici, raccoglie anche migliaia e migliaia di dati sui sistemi di frenaggio delle automobili, nonché sulla resa dei diversi tipi di asfalto. Ma questo è anche il caso di una pubblica amministrazione che, onde monitorare il pericolo idrogeologico o individuare immobili abusivi, raccoglie fotografie digitali del territorio».

²² Cfr., ad esempio, il report McKinsey Global Institute, *The age of analytics: competing in a data-driven world*, dicembre 2016, dove si osserva che il valore dei dati «comes down to how unique it is and how it will be used, and by whom. Understanding the value in all these small bits of information that need to be gathered, sifted, and analyzed is a tricky proposition, particularly since organizations cannot nail down the value of data until they are able to clearly specify its uses, either immediate or potential». L'importanza che questi "by-products" hanno svolto per le *data-opolies* è illustrata, ad esempio, da S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, Roma, 2019 (un estratto, a cura della medesima autrice, è

Questa potenzialità di utilizzo dei *big data* è connessa a un'altra caratteristica che, pur non essendo annoverata nella classica definizione delle tre "V" di Laney, ne è stata via via riconosciuta come una proprietà essenziale: segnatamente, l'eshaustività dei *big data*, ossia la loro idoneità – empiricamente accertata²³ – di catturare anche i più piccoli dettagli del fenomeno osservato pur cogliendolo comunque nella sua completezza²⁴. Grazie a tale caratteristica, i dati possono essere impiegati al fine di comprendere meglio il mercato e i comportamenti degli attori che vi operano.

Quanto alla velocità, molti operatori sono, oggi, in grado di elaborare e analizzare i dati sostanzialmente in tempo reale²⁵, e tale capacità si riflette

riportato sulla piattaforma Longreads, *How Google Discovered the Value of Surveillance*, 5 settembre 2019: «*Google's engineers soon grasped that the continuous flows of collateral behavioral data could turn the search engine into a recursive learning system that constantly improved search results and spurred product innovations such as spell check, translation, and voice recognition [...] Google exploits information that is a by-product of user interactions, or data exhaust, which is automatically recycled to improve the service or create an entirely new product*»). Ne è anche consapevole la Commissione europea, che già nella comunicazione «Verso una florida economia basata sui dati osservava che i dati, in quanto «rappresentazione reinterpretabile delle informazioni in un formato convenzionale idoneo alla comunicazione, all'interpretazione o all'elaborazione [...] possono essere creati da persone o generati da macchine/sensori, spesso sotto forma di "sottoprodotto". Alcuni esempi sono i dati geospaziali, statistici, meteorologici, della ricerca».

²³ Cfr. R. KITCHIN, G. MCARDLE, *What makes big data, big data? Exploring the ontological characteristics of 26 datasets*, in *big data & Society*, 2016, dove gli Autori, a seguito di un'analisi empirica svolta su 26 dataset differenti, concludono che solamente la velocità e l'eshaustività sono in realtà elementi che caratterizzano ontologicamente la nozione di *big data*, mentre il volume e la varietà non sono state ritenute condizioni necessarie né qualificanti in tal senso. In definitiva, secondo Kitchin e McArdle, la nozione delle tre "V" è fuorviante ed è «parzialmente da biasimare per la confusione sui confini definatori dei *big data*».

²⁴ V. MAYER-SCHONBERGER, K. CUKIER, *big data: A Revolution that will Change How We Live, Work and Think*, Londra, 2013.

²⁵ In questo senso, un fenomeno di crescente importanza è il c.d. *now-casting*, che consiste nella predizione del presente, dell'immediato futuro e dell'immediato passato mediante l'impiego di dati nuovi, aggiornati e ad alta frequenza per produrre stime, di solito con grande precisione, su eventi che si stanno verificando molto vicino al presente. Come osservato dall'OCSE, *big data: bringing competition policy*, cit., § 15, questa tecnica, facilitata dall'esistenza di sempre più numerose imprese operanti secondo modelli *data-driven*, consente di raccogliere «*close to real-time information about relevant variables that are normally collected at low-frequency and published with a great lag*».

More recently, the increasing number of businesses leveraging Big Data has allowed

inevitabilmente sul valore che possono assumere tali dati anche – e soprattutto – dal punto di vista competitivo, potendo in tal modo essere impiegati con finalità predittive sul comportamento degli utenti/consumatori, oltre che degli altri attori di un dato mercato.

Anche la varietà dei dati costituisce un importante connotato dei *big data*. Gli operatori più qualificati sono infatti in grado di acquisire, processare – e, così, attribuire valore a – informazioni particolarmente diversificate ed eterogenee, personali e non personali: si pensi, in particolare, alle informazioni anagrafiche o alla localizzazione, fisica o informatica (tramite lo standard *Internet Protocol address*), degli utenti, nonché le abitudini e preferenze dei medesimi.

Il paradigma delle tre “V” viene solitamente integrato con una quarta “V”, che diversi autori hanno attribuito al valore (*value*) che i *big data* veicolano, e che è aumentato negli anni in misura proporzionale alla crescita di rilievo, in un’ottica sempre più globalizzata, dell’*Information Technology*²⁶. Studi di settore mostrano che il valore dei dati si atteggi quale causa e, al contempo, conseguenza all’aumentare delle altre tre variabili²⁷.

the expansion of now-casting to multiple economic applications.

²⁶ Cfr., *inter alia*, M.E. STUCKE, A.P. GRUNES, *big data and Competition Policy*, Oxford, 2016.

²⁷ Cfr. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, BUNDESKARTELLAMT, *Competition Law and Data*, cit., dove si osserva che il valore reale dei *big data* dipende in misura significativa dalla conoscenza che può essere estratta dai medesimi. Cfr. anche B. LASSERRE, A. MUNDT, *Competition Law and big data: The Enforcers’ View*, in *Rivista Italiana di Antitrust*, n. 1, 2017; nonché OCSE, *big data: bringing competition policy*, cit., § 12, dove si sottolinea l’importanza dell’aggregazione dei dati, che in tal modo possono recare «*new information that may enable a seller, or a competitor, to better understand and exploit the market. Sometimes, the potential of data fusion can be further exploited by combining personal data with many other types of data, such as weather conditions, public events, inventories or even data collected on machine components to detect wear and tear*».

2.2.2. La catena di valore dei *big data*

L'attribuzione di valore ai *big data* avviene attraverso fasi e metodologie estremamente variegata e che possono essere ricondotte a una "catena di valore", nell'ambito della quale i dati, dopo essere seguita la loro raccolta o generazione, i dati "grezzi" sono oggetto di attività di estrazione, pulizia e (ri)organizzazione, mediante le quali essi vengono filtrati e organizzati in insiemi meno voluminosi che consentono la loro analisi con minor impiego di risorse.

Quanto alla *generazione* di *big data*, in letteratura²⁸ è stata efficacemente proposta una classificazione tripartita degli scenari di maggior rilievo. Secondo tale impostazione, le attività di generazione di dati possono essere ricondotte a tre diversi momenti: in una prima fase (a partire dagli anni Novanta), con l'adozione di tecnologie digitali e di *database* nei quali le grandi organizzazioni, pubbliche e private, cominciavano a immagazzinare larghi volumi di dati, i quali diventavano così analizzabili da parte dei detentori di tali archivi. Una seconda fase, riconducibile alla crescente popolarità del World Wide Web dalla fine degli anni Novanta, ha portato alla generazione di grandi volumi di *user-generated data*, semi-strutturati e non strutturati, da parte dei motori di ricerca e dalle prime piattaforme di *e-commerce*, ulteriormente accresciuta dai primi anni Duemila con la diffusione di forum, blog, *social networks* e altre piattaforme di *social media*. Infine, una terza fase, cui è riconducibile un cruciale incremento e una sempre maggiore pervasività nella mole dei dati prodotti, è riconducibile alla diffusione dei dispositivi mobili (es., *smartphone*, *tablet*, dispositivi IoT), ai quali è riconducibile la generazione di «*highly mobile, location-aware, person-centered, and context-relevant data*».

²⁸ Cfr., in particolare, H. HU, W. YONGGANG, T-S. CHUA, X. LI, *Toward Scalable Systems for big data Analytics: A Technology Tutorial*, in *IEEE Access*, 2, 2014, spec. pp. 656 ss.

Anche la *raccolta* dei dati può avvenire attraverso modalità differenti. In alcuni casi, infatti, i dati che costituiscono il patrimonio informativo dei *big data* sono forniti volontariamente dai soggetti interessati²⁹. Le informazioni possono essere raccolte anche attingendo a fonti apertamente disponibili sul web: tale attività può essere svolta, ad esempio da un applicativo detto “*crawler*”, ovvero sia un programma che scarica e memorizza automaticamente pagine internet per i motori di ricerca o i servizi di raccolta di *cache web*, secondo priorità e modalità che sono tipiche di ogni sistema di *crawling*³⁰. È anche possibile – essendo anzi sempre più frequente, specialmente con l’avvento di piattaforme basate sulle interazione degli utenti, quali i *social network* – che i dati vengano raccolti mediante l’osservazione e il tracciamento delle attività degli utenti, spesso senza che questi ne siano al corrente. I dati così raccolti vengono

²⁹ Si pensi, ad esempio, al caso tipico della sottoscrizione delle clausole di un sito di *e-commerce*, nel quale gli utenti forniscono informazioni che riguardano, tra gli altri, il proprio nome e indirizzo, nonché i dati relativi al metodo di pagamento. Ancora, l’iscrizione ai *social network* è spesso condizionata all’inserimento di diversi e numerosi dati personali relativi all’utente, che vengono arricchiti dagli input dello stesso utente nel corso della fruizione della piattaforma.

³⁰ In particolare, gli applicativi di *crawling* seguono particolari politiche di selezione (che determinano quali pagine scaricare), di riesame (che stabiliscono se e in che misura procedere a successive analisi di determinate pagine web, al fine di determinare se siano intercorse modifiche successive al primo scaricamento), di *politeness* (che consentono di prevenire il sovraccarico dei sistemi) e di parallelizzazione (che invece mirano al coordinamento dell’attività contestuale di più *web crawlers*). Su tali meccanismi, cfr. i lavori seminali di J. CHO, H. GARCIA-MOLINA, *Parallel crawlers*, Proceedings of the 11th international conference on World Wide Web, 2002, e di A. HEYDON, M. NAJORK, *High-performance web Crawling*, SRC Research Report, 173, Compaq Systems Research Center, 2001; più di recente, cfr. C. OLSTON, M. NAJORK, *Web crawling*, Boston, 2010. L’impiego di programmi di *crawling* da parte dei motori di ricerca è stato anche riconosciuto anche dalla Commissione nella decisione del 18 febbraio 2010, caso M.5727, *Microsoft/Yahoo! Search Business*, spec. §§ 31-32, dove la Commissione ha rilevato che «*general internet search engines [...] index large portions of the internet through a web crawler, vertical search engines typically use a focused crawler that indexes only web pages that are relevant to a pre-defined topic or set of topics*», per poi specificare che «*a web crawler is a software application that downloads web pages. Typically web crawlers have the ability to determine the addresses of more web pages to download by extracting the links contained on already downloaded web pages. Web crawlers are used by search engines to build their indexes of web content [...] Web crawlers have to work continuously in order to keep the index ‘fresh’, i.e. to ensure that the indexed content to the largest possible extent equals the actual content of the web pages*».

frequentemente combinati con i dati che l'impresa ha già ottenuto su base volontaria dagli utenti, così da incrementare fortemente la specificità del servizio offerto al singolo. Si noti, peraltro, che la raccolta di informazioni destinate a confluire nel patrimonio dei *big data* può anche avvenire attraverso la misurazione di evidenze analogiche: tale attività di *data harvesting* viene svolta attraverso tecnologie disparate, tra cui spicca l'impiego di sensori che consentono la registrazione di attività nello spazio fisico e la loro conversione in forma digitale a fini di elaborazione e archiviazione³¹.

³¹ Tali sensori possono essere di diverso tipo (es., sensori acustici, sonori, termici, di prossimità), utilizzano tecnologie diverse (potendosi distinguere, ad esempio, tra sensori cablati o collegati mediante reti *wireless*) e possono essere installati nei contesti e sui dispositivi e oggetti più disparati. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'intensa attività di raccolta e registrazione dei dati che consentono le più recenti automobili, ovvero la maggior parte dei prodotti di elettronica di consumo. Si parla, in proposito, del c.d. Internet of Things (IoT), che oggi si configura come un'infrastruttura globale di elementi, ciascuno con sensori integrati, connessi a Internet e spesso interconnessi tra loro (per una ricostruzione della nozione di IoT, cfr. R. MINERVA, A. BIRU, D. ROTONDI, *Towards a Definition of the Internet of Things (IoT)*, IEEE Internet Initiative, 2015; nonché L. ATZORI, A. IERA, G. MORABITO, *Understanding the Internet of Things: definition, potentials, and societal role of a fast evolving paradigm*, in *Ad Hoc Networks*, 56, 2017, pp. 122-140). Le criticità sollevate dall'ubiquità e pervasività di tali reti di prodotti interconnessi sono state analizzate dalla Commissione europea nell'ambito di un'indagine di settore, lanciata nel 2020 ex art. 17 del regolamento (CE) 1/2003 (ai sensi del quale, laddove presuma «che la concorrenza può essere ristretta o falsata all'interno del mercato comune, la Commissione può procedere ad una sua indagine in un settore specifico dell'economia o nell'ambito di un tipo particolare di accordi in vari settori») nell'ambito della strategia europea "Un'Europa pronta per l'era digitale", i cui esiti sono stati esposti in una relazione preliminare del giugno 2021 (si veda, in particolare, il documento di lavoro della Commissione del 9 giugno 2021, *Preliminary Report - Sector Inquiry Into Consumer Internet Of Things*, SWD(2021) 144), al quale ha fatto seguito l'avvio di una consultazione pubblica, l'esito della quale è previsto per il 2022. In tale sede, la Commissione ha rilevato che la diffusione di prodotti e reti IoT – che la stessa Commissione aveva incentivato, dapprima nel 2015 con il lancio della Alliance for Internet of Things Innovation e, poi, con la pubblicazione di un documento di lavoro, *Advancing the Internet of Things in Europe* (SWD(2016) 110, del 19 aprile 2016) – è suscettibile di agevolare condotte anticoncorrenziali. Da un lato, infatti, i principali attori verticalmente integrati e attivi nella produzione di prodotti di consumo IoT (segnatamente: Google, Amazon e Apple), hanno costruito i propri ecosistemi combinando i propri prodotti e servizi e integrando quelli di terzi in un'offerta presentata a una platea molto ampia di utenti. Dall'altro, i grandi costi di investimento e l'importanza rivestita dalla *brand reputation* (che, insieme alla qualità del prodotto, rappresenta uno dei principali parametri di concorrenza nel settore) rappresentano significative barriere all'ingresso nel mercato della produzione e distribuzione di prodotti IoT di consumo, quali i dispositivi di *smart home*, i dispositivi indossabili (es., orologi od occhiali "smart") e gli assistenti vocali. Più

Infine, va notato che le descritte attività di produzione e raccolta dei *big data* possono essere legate tra loro, come avviene nel caso in cui taluni dati siano creati in modo deduttivo sulla base dei dati degli utenti (è il caso, ad esempio, del sito di *e-commerce* che stabilisce il sesso dei propri utenti sulla base dei prodotti visionati dai medesimi) utenti per poter stabilire, con un certo margine di errore, il sesso dello stesso.

Alla fase di generazione e/o raccolta dei dati segue – dopo la loro trasmissione e collocazione in sistemi di archiviazione³² – quella che può essere considerata l'attività di maggiore complessità e rilevanza ai fini dell'attribuzione di valore all'input rappresentato dai *big data*, ossia la loro elaborazione e analisi. Come ricordato dall'OCSE, le caratteristiche dei *big data* possono permettere alle imprese di scoprire correlazioni, partendo da grandi basi di dati non strutturati, ottenendo risultati migliori (nell'eshaustività delle informazioni e nella quantità delle correlazioni) rispetto a quelli conseguibili con *dataset* minori, ancorché più "puliti"³³. In particolare, all'interno di quello

in generale, l'attenzione della Commissione europea rispetto ai prodotti IoT si sofferma su profili quali le restrizioni al *multi-homing*, ossia l'abitudine dei consumatori a rilasciare i propri dati a molte piattaforme, la preinstallazione o, per converso, la preclusione di *software*, quali quelli di assistenza vocale, l'interoperabilità con prodotti di altri fornitori e le modalità di raccolta e gestione dei dati. Per un primo commento alla relazione preliminare sull'indagine del settore IoT, cfr. A. KOMNINOS, P. CITRON, *European Commission consumer IoT sector inquiry: Preliminary Report*, in *Kluwer Competition Law Blog*, 15 giugno 2021; S. KING, *The EU Commission Publishes Initial Findings of Inquiry into the Consumer Internet of Things*, in *Concurrences*, 2021; M.B. UNVER, *Threading the needle from 'interoperability' to 'gatekeeping': quest for a layered model*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 2021.

³² Le attività che compongono tradizionalmente il *big data storage* possono essere ricondotte alla memorizzazione e alla gestione continuativa di dati informatici su larga scala, grazie a, da un lato, un'infrastruttura *hardware* e, dall'altro, l'impiego di *software* di gestione dei dati finalizzato a fornire, tra gli altri, funzioni di interfaccia e ricerca all'interno dei singoli *dataset*. Come ricordato, tra gli altri, da V. BAGNOLI, *The big data relevant market*, in *Conc. Merc.*, 1, 2016, pp. 73 ss., e F. VESSIA, *big data: dai vantaggi competitivi alle pratiche abusive*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 6, 2018, il "big data storage" costituisce un mercato rilevante a sé stante, considerate le citate peculiarità tecniche di tale attività.

³³ Cfr. OCSE, *big data: bringing competition*, cit., § 14.

che viene comunemente denominato *data* (o *big data*) *analytics*, la mole di informazioni contenuta nei *dataset* è oggetto di prospettive di sfruttamento che vanno, oggi, ben oltre la mera estrapolazione delle informazioni statiche oggetto di raccolta o generazione. Ciò avviene, in particolare, attraverso lo sfruttamento di tecnologie particolarmente avanzate, tra cui spiccano gli algoritmi di auto-apprendimento (c.d. *machine* o *deep learning*), che riescono a gestire ed elaborare in tempo reale i dati elevatissima raccolti in *dataset* ad elevata variabilità. Come testimonia l'adagio secondo cui, «*where there is a problem, there is an algorithm not far behind*»³⁴, l'importanza e la pervasività dell'uso degli algoritmi nell'economia odierna sono indiscusse.

Lungi dal rappresentare un concetto nuovo³⁵, gli algoritmi possono essere descritti come una serie univoca e precisa di semplici operazioni applicate meccanicamente e sistematicamente a un insieme di oggetti, il cui momento iniziale è definito *input*, mentre con *output* ci si riferisce al risultato³⁶.

³⁴ Queste le parole riportate dal professore di matematica all'Università di Oxford Marcus du Sautoy nel documentario BBC, *The Secret Rules of Modern Living: Algorithm*, del settembre 2015. E infatti, non solo gli algoritmi sono in grado di criptare e decriptare messaggi, fornire risultati di ricerca su internet o riscontri su siti di incontri, ma essi permettono anche alle imprese di innovare, approdando a nuovi modelli commerciali e offrendo la possibilità di migliorare la qualità di prodotti e servizi a prezzi più bassi. Per quanto riguarda i prezzi, poi, gli algoritmi vengono molto spesso utilizzati, non senza determinare rilevanti questioni dal punto di vista del diritto della concorrenza, per fissare i prezzi dei prodotti in vendita, in particolare nel commercio online. Senza pretesa di completezza, sull'impatto della diffusione del *machine learning* sugli assetti concorrenziali si vedano, in letteratura, U. SCHWALBE, *Algorithms, Machine Learning, and Collusion*, in *J. Competition Law Econ.*, 14, 2018; A. EZRACHI, M.E. STUCKE, *Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition*, in *University of Illinois Law Review*, vol. 5, 2017; A. HAGIU, J. WRIGHT, *Data-enabled learning, network effects and competitive advantage*, working paper, 2020.

³⁵ Lo stesso termine "algoritmo" deriva dall'appellativo Al-Khwārizmī ("originario della Corasmia"), che nel IX secolo veniva riservato al matematico persiano Muhammad ibn Mūsā, il quale scrisse un testo, il *Kitab al Jabr Wa 'l-Muqabala*, nel quale veniva svolto uno studio sistematico per calcolare le soluzioni di alcuni problemi matematici fissandone i principi algebrici di base e dal quale, peraltro, deriva la parola "algebra".

³⁶ Cfr. OCSE, *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*, 2017, spec. pp. 8 ss. La nozione riprende quanto già teorizzato da R.A. WILSON, F.C. KEIL, *The MIT Encyclopedia of the Cognitive Sciences*, Cambridge (USA), 1999.

Si tratta, dunque, di una sequenza di operazioni che devono essere eseguite in un preciso e ben definito ordine, secondo una procedura standardizzata o sistematizzata, così da portare a termine un determinato compito, un insieme di compiti oppure per risolvere uno o più problemi, secondo un modello che è solitamente “generale”, nel senso che non è finalizzato allo svolgimento di un unico e specifico compito o alla soluzione di un unico problema, ben potendo risolvere una classe di problemi simili ma distinti. Gli algoritmi possono essere distinti e classificati sulla base dell’*output*³⁷, dell’*input*³⁸, ma anche dei metodi a cui ricorrono per lo svolgimento delle loro funzioni (in particolare al metodo di apprendimento), alla loro interpretabilità³⁹ e al loro sviluppatore. Quanto ai metodi con cui svolgono il proprio compito, di particolare rilievo, specialmente ai fini del presente elaborato, sono, come detto, gli algoritmi c.d. *self-learning* (in

³⁷ In tal senso un’importante tipologia di algoritmi sono quelli usati per il monitoraggio e la raccolta di dati: come accennato già in precedenza, gli algoritmi possono rendere più semplice ed efficiente la raccolta di grandi quantità e categorie di dati, come i dati relativi alle dinamiche di mercato, al comportamento tenuto dai concorrenti oppure alle preferenze dei consumatori. Vi sono poi algoritmi di prezzo, impiegati, *inter alia*, per il calcolo dei prezzi dinamici di un dato prodotto (sulla base dei costi, della potenzialità dell’impresa oppure della domanda esistenti in un determinato periodo di tempo, ovvero dei prezzi applicati dai propri concorrenti), oppure in un’ottica di personalizzazione dei prezzi di beni e servizi (sulla base, ad esempio, delle possibilità economiche degli utenti). A questi si affiancano algoritmi di classificazione e comparazione (come quelli impiegati dai siti di portali *web* che operano nel settore dei viaggi, dagli indubbi benefici in termini di diminuzione dei costi connessi ai tempi di ricerca da parte dei consumatori, anche se non immuni da rischi connessi alla trasparenza della ricerca), di abbinamento (quali quelli impiegati dalle piattaforme per incontri).

³⁸ Ad esempio, è stata proposta una classificazione sulla base del volume di dati che gli algoritmi riesco ad elaborare, nonché del numero di parametri a cui ricorrono, della loro granularità, intesa come il livello di dettaglio dei dati che riescono ad analizzare, o ancora in base al tipo di dati di cui sono costituiti (es., tabellari, testuali o immagini).

³⁹ In questo senso, se da un lato vi sono algoritmi che risultano interpretabili dagli esseri umani, operando sulla base di modelli predefiniti attraverso cui osservare i fatti (ivi inclusi quelli relativi a un dato scenario competitivo) e i cui risultati possono essere analizzati e interpretati mediante l’impiego di metodi analitico-statistici più o meno sofisticati, dall’altro vi sono algoritmi, detti *black-box*, il cui comportamento è difficilmente interpretabile pur avendo accesso al loro codice, in quanto coinvolgono metodi di apprendimento avanzato e, nella maggior parte dei casi, sviluppano una gamma più ampia di capacità.

grado, grazie ad un alto livello di automazione e, di migliorare costantemente le proprie prestazioni con l'aumentare dell'esperienza), a fronte di algoritmi, detti "fissi", che si basano invece su parametri scelti dall'uomo e non sono in grado di cambiare automaticamente per migliorare le loro funzionalità in risposta a nuove informazioni.

2.3. Le piattaforme *online* e i mercati multi-versante

Un'altra nozione di grande rilievo nel discorso dell'impatto della digitalizzazione sulla concorrenza è quella delle piattaforme. In particolare, nella economia del presente capitolo è cruciale comprendere i meccanismi di funzionamento di quella *platform economy* che, secondo l'interpretazione maggioritaria, ha profondamente inciso sulla fisionomia dei mercati, modificandone l'assetto e le modalità con cui si appalesano i rapporti tra i principali agenti economici⁴⁰.

A caratterizzare le piattaforme vi è il fatto che esse si pongono a titolo di intermediari tra due o più agenti economici, facilitandone le interazioni e gli scambi commerciali in un luogo virtuale che le piattaforme, in veste di *matchmakers*, predispongono. In questo senso, si osserva che il concetto di "piattaforma" non rappresenta una prerogativa dell'ecosistema digitale, bensì esso allude – nella sua declinazione più tradizionale – a un luogo nel quale due o più distinti tipi di utenti possono trovarsi per scambiare, ad esempio, beni,

⁴⁰ Come ricorda A. CANEPA, *Le piattaforme fra nuove dinamiche di mercato e ricerca di strumenti regolatori efficaci*, in *Riv. reg. merc.*, vol. 2, 2018, l'impatto dell'emersione di un'economia sempre più imperniata sulla funzione di intermediazione svolta dalle piattaforme ha avuto un impatto su molteplici versanti: da lato dell'offerta, siccome «un unico soggetto sempre più spesso è in grado di fornire molteplici servizi contemporaneamente su mercati fortemente differenti fra di loro», ma anche nell'emersione di importanti difficoltà nella definizione dei mercati rilevanti da prendere a riferimento nell'esame di possibili illeciti anticoncorrenziali e l'emersione di effetti di rete in ragione dei quali «l'aumento del numero degli utenti ha una diretta correlazione con il valore e la qualità del servizio e operatori ed utenti traggono vantaggio reciproco da tale incremento».

servizi o informazioni⁴¹. Elemento tipico della piattaforma, fisica od *online*, è quindi la sua idoneità a ridurre i costi di transazione tra i due o più gruppi di utenti, riunendoli in unico spazio e agevolando l'individuazione, la scelta e la varietà dei prodotti acquistati o dei servizi ivi forniti.

Dal punto di vista dei rapporti competitivi che si instaurano *dentro e intorno* alle piattaforme, queste si caratterizzano pertanto per la presenza di due o più versanti, cui fanno solitamente riferimento altrettanti gruppi distinti di utenti. Le interazioni che intercorrono tra detti gruppi di utenti (e tra questi e la piattaforma) possono essere di diverso tipo, potendo dare luogo a versanti "di attenzione" (quali i motori di ricerca e i *social network*), rispetto ai quali la piattaforma fornisce un servizio solitamente gratuito a fronte della corresponsione di pagamenti per la pubblicità da parte degli utenti di uno solo dei versanti, ovvero a versanti "di scambio" (come avviene nelle piattaforme di c.d. *marketplace*), ove si realizzano vere e proprie transazioni relative a beni o servizi. Così, attività che si svolgono su tali piattaforme sono riferibili mercati che vengono definiti a due o più "versanti" (*two-sided* o *multi-sided*)⁴². Anche gli sforzi definitivi effettuati da parte dell'UE hanno si collocano in questo tracciato: ad esempio, nella proposta di regolamento relativo a mercati equi e

⁴¹ Si vedano B. MARTENS, *An Economic Policy Perspective on Online Platforms*, Institute for Prospective Technological Studies, Digital Economy Working Paper n. 5, 2016, il quale ricorda che le piattaforme "offline" sono esistite per millenni nella forma di normali mercati di villaggio dove venditori e compratori si scambiano le loro merci sotto la supervisione del capo villaggio, il quale poteva imporre una tassa per l'uso dello spazio fisico messo a disposizione. Altre parti possono operare e beneficiare del mercato del villaggio, per esempio, artisti di strada e borseggiatori. Si veda anche la tesi dottorale di A. CUTRUPI, *Piattaforme digitali: tra criticità concorrenziali e prospettive di regolamentazione*, 2017.

⁴² Cfr. J.M. SANCHEZ-CARTAS, G. LEÓN, *Multisided platforms and markets: a survey of the theoretical literature*, in *Journal of Economic Surveys*, vol. 35, 2021, pp. 452-487. Tra le prime ricognizioni teoriche sulle piattaforme multi-versante, meritano di essere menzionati D.S. EVANS, *The antitrust economics of multi-sided platform markets*, in *Yale Journal on Regulation*, vol. 20, 2003, e J.-C. ROCHET, J. TIROLE, *Platform competition in two-sided markets*, in *Journal of the European Economic Association*, vol. 1, 2003, pp. 990-1029; ID., *Two-sided markets: a progress report*, in *The RAND Journal of Economics*, 2006, pp. 645 ss.); cfr. G. COLANGELO, *Big data, piattaforme digitali e antitrust*, in *MCR*, vol. 18, 2016.

contendibili nel settore digitale (c.d. *Digital Markets Act*), la Commissione rileva che le piattaforme sono elementi strutturanti essenziali dell'attuale economia digitale, poiché svolgono un ruolo di «intermediazione per la maggior parte delle transazioni tra utenti finali e utenti commerciali»⁴³

Oltre alla presenza di più versanti, un connotato di cui la letteratura economica sottolinea l'importanza, nell'ambito delle dinamiche concorrenziali sui mercati multi-versante, è dato da una spiccata rilevanza, da un lato, delle economie di scala e, dall'altro, degli effetti di rete. Quanto alle prime, si hanno economie di scala o di diversificazione quando un aumento della scala di produzione o della diversificazione della produzione determina una riduzione del costo unitario medio⁴⁴. Gli effetti di rete implicano invece che il valore di un prodotto per un cliente aumenta quando aumenta il numero degli altri clienti che lo utilizzano. Di conseguenza, più sono gli acquirenti che la piattaforma è in grado di attrarre, maggiori saranno i venditori che la utilizzeranno, e viceversa. È su tali effetti di rete, generati tra i diversi gruppi di utenti che si interfacciano sulla (e tramite la) piattaforma, che si struttura, dal punto di vista commerciale, il modello di *business* delle piattaforme. Il rilievo degli effetti di rete è stato anche riconosciuto nella prassi decisionale in materia di controllo

⁴³ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali), COM/2020/84, su cui cfr., tra i molti contributi sulla proposta, P. MANZINI, *Equità e contendibilità nei mercati digitali: la proposta di Digital Market Act*, in *I Post di AISDUE*, n. 3, 2020; L. CABRAL, J. HAUCAP, G. PARKER, G. PETROPOULOS, T. VALLETTI, M. VAN ALSTYNE, *The EU Digital Markets Act*, Lussemburgo, 2021, P. AKMAN, *Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act*, in *ELR*, vol. 47, n. 1, 2022; N. PETIT, *The proposed Digital Markets Act (DMA): a legal and policy review*, in *JECLAP*, vol. 21, n. 7, 2021; P. IBÁÑEZ COLOMO, *The Draft Digital Markets Act: a legal and institutional analysis*, in *JECLAP*, vol. 21, n. 7, 2021, A. DE STREEL, P. LAROCHE, *The European Digital Markets Act proposal: how to improve a regulatory revolution*, in *Concurrences*, fasc. 2, 2021.

⁴⁴ Cfr. Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni non orizzontali, cit., nt. 64.

delle concentrazioni. Nel recente caso *Microsoft / LinkedIn*, ad esempio, la Commissione ha osservato che:

«The existence of network effects as such does not a priori indicate a competition problem in the market affected by a merger. Such effects may however raise competition concerns in particular if they allow the merged entity to foreclose competitors and make more difficult for competing providers to expand their customer base»⁴⁵

Al di là di tale principio, in ragione del quale l'impatto degli effetti di rete deve essere valutato con riferimento a ciascun caso, resta la consapevolezza che, per le piattaforme *online*, la costruzione di una «massa critica»⁴⁶ di utenti è cruciale per la realizzazione di esternalità positive⁴⁷. È stato osservato che, sebbene gli effetti di rete e le economie di scala non siano un fenomeno inusuale, la *platform economy* li spinge all'estremo, aprendo il campo alla possibilità di determinare un vantaggio competitivo agli *incumbents* che ne traggono beneficio⁴⁸. In un'economia basata sulla generazione e diffusione di informazioni nella forma di dati, è evidente che la trasmissione di tali *input* a un gran numero di utenti possa avvenire a costi, in termini economici e di risorse umane⁴⁹ molto bassi. Il caso tipico è quello del motore di ricerca⁵⁰ che,

⁴⁵ Decisione della Commissione del 6 dicembre 2016, caso M.8124, *Microsoft / LinkedIn*, § 342.

⁴⁶ E. CALVANO, M. POLO, *Market power, competition and innovation in digital markets: A survey*, in *Inf. Econ. Policy*, vol. 54, 2021; B. JULLIEN, W. SAND-ZANTMAN, *The Economics of Platforms: A Theory Guide for Competition Policy*, in *Inf. Econ. Policy*, vol. 54, 2021.

⁴⁷ Cfr. OCSE, *Glossary of industrial organisation economics and competition Law*, 1993, che definisce le esternalità positive come quelle situazioni in cui «*when the effect of production or consumption of goods and services imposes [...] benefits on others which are not reflected in the prices charged for the goods and services being provided*».

⁴⁸ J. CRÉMER, Y. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era*, cit., p. 2.

⁴⁹ Ad esempio, secondo quanto riportato da Meta (già Facebook), nel 2018 a ciascun impiegato della società corrispondono circa 65.000 utenti.

⁵⁰ Ovverosia, secondo la definizione che ne viene data all'art. 2, § 1, n. 5, del regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online (G.U.U.E. L 186 dell'11 luglio 2019), «un servizio digitale che consente all'utente di formulare domande al fine di effettuare ricerche, in linea di principio, su tutti i siti web, o su tutti i siti web in una lingua particolare, sulla base di

una volta creato e implementato, può servire decine (e finanche centinaia) di migliaia di utenti senza che i costi aumentino in misura proporzionale al numero dei soggetti che se ne servono. La compresenza di effetti di rete e di scala di questa portata, insieme alla non rivalità dei dati (che fa sì che la fruizione dei medesimi da parte di alcuni utenti non ne preclude l'utilizzo da parte di altri) possono tradursi in significative barriere all'uscita per gli utenti (che possono essere soggetti a effetti di c.d. *lock-in*) e in un più difficile ingresso per nuovi operatori. L'acquisizione di un numero più ampio di dati consente alle piattaforme di generare maggior valore per gli inserzionisti pubblicitari e ottenere così maggiori ricavi, a loro volta impiegati per il migliorare e rendere più attrattiva la piattaforma⁵¹. Da ciò deriva una significativa riduzione della contendibilità della posizione detenuta sul mercato dalla piattaforma, con, in casi estremi, un rischio di *market tipping*, in virtù del quale l'intero mercato si determina a favore di una determinata piattaforma, consolidandone la posizione in termini sostanzialmente monopolistici.

Per tali ragioni, nei mercati rilevanti si sviluppano dinamiche concorrenziali di tipo «*winner-takes-all*» o «*winner-take-most*», nell'ambito delle quali gli operatori dominanti sono spesso disposti a fornire ai propri utenti servizi in perdita per massimizzare le vendite al versante opposto e, così, la profittabilità generale. Ciò spiega, in particolare, la circostanza che molti dei

un'interrogazione su qualsiasi tema sotto forma di parola chiave, richiesta vocale, frase o di altro input, e che restituisce i risultati in qualsiasi formato in cui possono essere trovate le informazioni relative al contenuto richiesto».

⁵¹ Cfr. il considerando n. 3 della proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali), COM/2020/842, secondo cui alcune piattaforme «esercitano un controllo su interi ecosistemi di piattaforme nell'economia digitale e per gli operatori di mercato esistenti o nuovi è estremamente difficile, a livello strutturale, sfidarli o contristarli, indipendentemente dal livello di innovazione o efficienza di questi ultimi. La contendibilità è estremamente ridotta a causa dell'esistenza di barriere molto alte all'ingresso o all'uscita, tra cui i costi di investimento elevati, che in caso di uscita non possono essere recuperati o possono essere recuperati con difficoltà, e l'assenza di alcuni input chiave nell'economia digitale, quali i dati, o l'accesso ridotto agli stessi».

prodotti e dei servizi siano forniti dalle piattaforme “a prezzo zero”: preso atto del fatto che la gratuità di una piattaforma rappresenta un fattore di grande attrattività⁵², in presenza di economie di scala che consentano di creare e mantenere la piattaforma a costi contenuti, l’intermediario digitale sarà incentivato a distribuire il proprio servizio o prodotto a prezzo zero, traendo i propri ricavi dagli utenti siti al versante opposto di quello dei consumatori (ad esempio, mediante inserzioni pubblicitarie).

Dal punto di vista istituzionale, non può comunque dirsi completata la ricerca di una definizione univoca di “piattaforme digitali”, che ha visto un vivace dibattito, che ha visto coinvolti, oltre al mondo accademico, attori privati e istituzionali di pressoché tutte le giurisdizioni europee. Ad esempio, l’OCSE già nel 2010 aveva operato una prima analisi dei connotati essenziali degli «*internet intermediaries*», individuandoli nel loro ruolo di, appunto, intermediazione tra diverse categorie di terze parti su internet⁵³, pur riconoscendo che tali intermediari possono avere diversi e potenzialmente concorrenti ruoli di intermediari, utenti finali e fornitori di contenuti e servizi (è il caso, ad esempio, delle piattaforme di *e-commerce* come Amazon che, oltre fornire l’intermediazione tra i propri utenti e i rivenditori siti nell’altro “versante” della piattaforma, vendono anche i propri servizi e prodotti ai medesimi utenti).

⁵² J. CRÉMER, Y. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era*, cit., p. 20.

⁵³ OCSE, *The economic and social role of internet intermediaries*, aprile 2010. In particolare, la definizione adottata in tale documento dell’OCSE si fonda sulla considerazione che «*Internet intermediaries’ bring together or facilitate transactions between third parties on the Internet. They give access to, host, transmit and index content, products and services originated by third parties on the Internet or provide Internet-based services to third parties*». Secondo l’OCSE, in particolare, tale funzione viene svolta dagli intermediari digitali mediante la fornitura dell’infrastruttura tecnologica (*hardware* e *software*), la raccolta, organizzazione e analisi di dati, la facilitazione della comunicazione e lo scambio di informazioni tra gli utenti, l’aggregazione di domanda e offerta e dunque la facilitazione dei processi di mercato sulla propria piattaforma, nonché l’analisi e il soddisfacimento dei bisogni degli utenti.

Un primo tentativo di definizione istituzionale del fenomeno da parte dell'UE era stato invece incluso nella consultazione in merito alle prospettive di regolamentazione delle piattaforme digitali del 24 settembre 2015, che la Commissione europea aveva pubblicato nel quadro della propria strategia sul mercato unico digitale. Nel questionario incluso in tale consultazione (dove, tra le altre cose, la Commissione faceva riferimento a una tassonomia di piattaforme *online* oggetto di consultazioni che spaziavano dai motori di ricerca come Google e Bing, agli aggregatori di notizie come Google News, alla piattaforme di condivisione di video come YouTube o, ancora, ai *marketplace* quali Amazon, eBay e Booking.com), la nozione di piattaforma era riferita ad una «*undertaking operating in two (or multi)-sided markets, which uses the Internet to enable interactions between two or more distinct but interdependent groups of users so as to generate value for at least one of the groups*»⁵⁴. Una siffatta definizione tuttavia presentava alcuni limiti, da un lato escludendo piattaforme “tradizionali” poi migrate *online* e, dall'altro, includendo intermediari digitali attivi su internet che tuttavia non sono attivi su mercati a multi-versante, agendo piuttosto come rivenditori di contenuti⁵⁵. Preso atto di tali limiti di tale definizione, emersi anche in sede di consultazione⁵⁶, in una successiva

⁵⁴ Cfr. la consultazione pubblica della Commissione del 24 settembre 2015, *Public consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy*.

⁵⁵ HOUSE OF LORDS, SELECT COMMITTEE ON EUROPEAN UNION, *10th Report of Session 2015-16. Online Platforms and the Digital Single Market*, 20 aprile 2016. È il caso di Netflix e di Spotify, le quali operano dei portali *online* mediante i quali gli utenti, dietro il pagamento di un canone periodico o di una somma *una tantum*, ovvero anche gratuitamente, accedono a contenuti audio-visivi.

⁵⁶ A titolo di esempio Meta (già Facebook) osservava con preoccupazione che «*the wide-ranging examples included in the question illustrate [...] has essentially no limiting principles and will catch an ever-increasing range of business activity. The proposed definition of online platforms covers business activities that have only one thing in common: they enable interaction between two or more groups of users through digital networks. Virtually every Internet-based activity enables interactions between “two or more distinct but interdependent groups of users”. As a result, the proposed definition gives the mistaken impression that online platforms have many common and unifying features. They do not. [...] The definition is also highly generic and fails to identify any features of online platforms that would assist the*

comunicazione la Commissione ha riconosciuto che le piattaforme *online* hanno in comune alcune caratteristiche specifiche importanti, in quanto esse: (i) imperniano le proprie attività sulla raccolta, sul trattamento e sulla modifica di grandi quantità di dati, grazie ai quali «possono creare e formare nuovi mercati, fare concorrenza a quelli tradizionali e organizzare nuove forme di partecipazione o di esercizio di attività economiche»; (ii) operano all'interno di mercati multi-versante ma con «gradi di controllo variabili sulle interazioni dirette tra gruppi di utenti»; (iii) beneficiano di effetti di rete, «in virtù dei quali, generalmente, il valore del servizio aumenta con l'aumentare degli utenti»; (iv) «spesso si basano sulle tecnologie dell'informazione e della comunicazione per raggiungere i propri utenti in modo istantaneo e con facilità»; (v) infine, «svolgono un ruolo chiave nella creazione di valore digitale, in particolare intercettando tale valore in modo rilevante (anche attraverso l'accumulo di dati), agevolando nuove iniziative imprenditoriali e creando nuove dipendenze strategiche»⁵⁷.

3. La definizione dei mercati rilevanti nell'economia digitale

3.1. La definizione del mercato rilevante nel controllo delle concentrazioni: cenni

Un primo ordine di problemi che emerge nell'applicazione del diritto

Commission in understanding the role of online platforms in the Internet economy, including the dynamic nature of the Internet ecosystem in which platforms operate.

⁵⁷ Comunicazione della Commissione europea del 25 maggio 2016, Le piattaforme *online* e il mercato unico digitale. Opportunità e sfide per l'Europa, COM(2016) 288, spec. § 2. Secondo la Commissione, in particolare, queste peculiarità delle piattaforme *online* «hanno apportato una serie di vantaggi importanti all'economia digitale e alla società, favorendo un aumento dell'efficienza e agendo come una calamita per l'innovazione guidata dai dati. Le piattaforme online ampliano la scelta a disposizione dei consumatori, contribuendo in tal modo a una maggiore competitività dell'industria e aumentando il benessere dei consumatori». Maggiori dettagli sull'analisi svolta dalla Commissione tra il 2015 e il 2016 sull'economia digitale sono inseriti nel documento di lavoro del 25 maggio 2016, *Online platform and the digital single market*, SWD(2016) 172.

della concorrenza dell'UE nell'economia digitale riguarda, proprio, la definizione dei mercati rilevanti che possono emergere e ai quali qualsiasi condotta rilevante ai sensi della normativa antitrust deve essere necessariamente ancorata.

Si è visto, al riguardo, che l'art. 2 del regolamento (CE) 139/2004 vieta le operazioni di concentrazione «che ostacolano in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante». Il parametro di valutazione delle concentrazioni adottato a livello di UE è strettamente legato a una valutazione degli effetti della medesima sulla struttura del mercato nella quale l'operazione insiste. Ciò valeva, a maggior ragione, anche prima dell'adozione del test SIEC, quando la Commissione operava sulla base del test di dominanza, poi superato con l'adozione del regolamento (CE) 139/2004. È evidente che, tanto in un caso quanto nell'altro, la valutazione di eventuali profili critici di un'operazione di concentrazione non può che passare per un'analisi del mercato (o, come avviene spesso nella prassi, dei molteplici mercati) entro il quale avviene l'agglomerazione di quote di mercato determinata da ciascuna concentrazione.

La definizione del mercato rilevante rappresenta, pertanto, un «antecedente logico e necessario del processo valutativo che culmina nell'autorizzazione o nel divieto di una concentrazione»⁵⁸, essendo funzionale ad accertare i limiti, merceologici e geografici, entro cui sarà esercitato il potere di mercato da parte dell'entità risultante dalla concentrazione. In particolare, lo scopo principale della definizione del mercato è quello di «individuare

⁵⁸ F. FIORETTI, M.R. RASPANTI, *Controllo delle concentrazioni*, in G. CASSANO, A. CATRICALÀ, R. CLARIZIA (a cura di), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Torino, 2018, p. 700, M. CISTARO, *Il controllo della struttura del mercato: le nuove soglie rilevanti delle concentrazioni in Italia*, in *Il Diritto Industriale*, vol. 3, 2018. Cfr., *inter alia*, la sentenza della Corte di giustizia del 9 novembre 1983, causa C-322/81, N.V. *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Commissione*, ECLI:EU:C:1983:313, punto 37.

sistematicamente i vincoli concorrenziali immediati che l'entità nata dalla concentrazione dovrà affrontare»⁵⁹. È questo, peraltro, l'orientamento consolidato della Corte di giustizia, che ha in più occasioni espresso il principio secondo cui «l'adeguata definizione del mercato rilevante è una condizione necessaria e previa ad ogni valutazione relativa all'impatto concorrenziale di un'operazione di concentrazione»⁶⁰. Secondo la giurisprudenza della Corte, in particolare, l'esame svolto dalla Commissione nell'ambito del proprio potere di controllo delle concentrazioni si declina, in un primo momento, nell'individuazione dell'ambito entro il quale si esercita la concorrenza tra imprese e, solo in un secondo momento, nella valutazione del loro potere di mercato. Nel presente paragrafo ci si occuperà di individuare i problemi che l'economia digitale pone con riferimento al primo di tali adempimenti, mentre l'impatto della digitalizzazione sulla seconda fase di tale esercizio valutativo sarà affrontata nel paragrafo che segue.

Stante l'assenza di previsioni in materia di definizione del mercato rilevante all'interno del regolamento sulle concentrazioni, così come nella comunicazione della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale, il ruolo svolto da tale esercizio è ereditato dall'enfasi che sul medesimo è stata posta nell'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE. In particolare, è con riferimento al divieto di abuso di posizione dominante che l'esercizio della definizione del mercato rilevante ha assunto un ruolo di grande centralità,

⁵⁹ Commissione, Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali cit., § 10.

⁶⁰ Cfr. le sentenze della Corte di giustizia del 31 marzo 1998, cause riunite C-68/94 e C-30/95, *Francia e a. c. Commissione*, ECLI:EU:C:1998:148, punto 143; del 7 giugno 2013, causa T-405/08, *Spar Österreichische Warenhandels c. Commissione*, ECLI:EU:T:2013:306, punto 116; più recentemente, del 28 maggio 2020, causa T-399/16, *CK Telecoms UK Investments Ltd c. Commissione*, ECLI:EU:T:2020:217, spec. punto 144. Così, anche, gli orientamenti della Commissione sulle concentrazioni orizzontali, cit., § 10, dove si precisa che «la valutazione di una concentrazione da parte della Commissione comporta normalmente: a) la definizione dei mercati del prodotto e geografico rilevanti b) la valutazione della concentrazione sotto il profilo della concorrenza».

atteso che la corretta definizione dei mercati rilevanti in cui l'impresa oggetto di istruttoria è attiva costituisce un requisito indispensabile ai fini della prova di uno dei requisiti oggettivi della fattispecie (segnatamente, la dominanza). Tale assimilazione consente di fare riferimento ai principi adottati nella prassi istituzionale e che sono in parte recepiti in una nota comunicazione della Commissione europea del 1997⁶¹ sulla definizione del mercato rilevante.

Nondimeno, i criteri impiegati nella definizione del mercato rilevante nell'ambito della valutazione delle concentrazioni non sono perfettamente sovrapponibili con quella impiegata nell'ambito dell'attività di *enforcement* degli articoli 101 e 102 TFUE. Di ciò è fatta menzione nella stessa comunicazione sulla definizione del mercato rilevante, dove la Commissione osserva che il concetto di mercato rilevante è strettamente connesso alle finalità perseguite nella politica di concorrenza e che, in particolare, in sede di controllo comunitario delle concentrazioni si esaminano i mutamenti strutturali dell'offerta di un prodotto o servizio per impedire l'instaurazione o il rafforzamento di una posizione dominante che ostacoli in maniera significativa una concorrenza effettiva in una parte sostanziale del mercato comune. Come spiega la Commissione, i criteri impiegati per la definizione del mercato rilevante, pur essendo suscettibili di applicazione generale allorché sia necessario studiare determinati comportamenti sul mercato o mutamenti strutturali dell'offerta dei prodotti, «possono comunque portare a risultati diversi secondo la natura del caso in esame». Differenze di approccio e, quindi,

⁶¹ Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, (G.U.U.E. C 372 del 9 dicembre 1997). Un rinvio espresso a tale comunicazione è contenuto negli Orientamenti sulle concentrazioni verticali, al § 10, dove è previsto che «indicazioni in merito si trovano nella comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza», oltre che alla nt. 2 degli Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni non orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, 2008/C 265/07 (G.U.U.E. C 265/6 del 18 ottobre 2008).

negli esiti dell'indagine svolta in sede istruttoria possono ad esempio riguardare la definizione del mercato dal punto di vista geografico, che può essere delimitato in modo diverso quando è all'esame una concentrazione, e si effettua quindi un'analisi delle prospettive future, rispetto a quando occorre indagare sul comportamento passato. In particolare, «il diverso orizzonte temporale preso in considerazione in ciascun caso può avere come conseguenza la definizione di mercati geografici diversi per i medesimi prodotti a seconda che la Commissione stia analizzando un mutamento della struttura dell'offerta [...] oppure questioni attinenti ad un certo comportamento passato»⁶². Tale passaggio individua il principale elemento di differenza tra la definizione del mercato rilevante nell'ambito delle istruttorie per violazione degli artt. 101 e 102 TFUE, ove la Commissione svolge una valutazione necessariamente parametrata a un comportamento passato – o, tuttalpiù, ancora in corso – e quella svolta con riferimento alle concentrazioni, che è necessariamente di natura prospettica, anche per effetto dell'obbligo di c.d. *stand-still*, che impedisce alle concentrazioni soggette all'obbligo di notificazione preventiva ai sensi del regolamento (CE) 139/2004 di essere perfezionate prima della loro autorizzazione da parte della Commissione⁶³.

⁶² Comunicazione sulla definizione del mercato rilevante, § 12. Un'altra peculiarità che caratterizza la definizione dei mercati nell'ambito della valutazione delle concentrazioni è data dal fatto che, «nel definire il mercato geografico la Commissione tiene conto, specie per quanto riguarda le concentrazioni e le imprese comuni aventi natura strutturale, anche del processo di integrazione dei mercati in atto nella Comunità. Nel valutare gli effetti sulla concorrenza di una concentrazione o di un'impresa comune di natura strutturale non si possono infatti ignorare le conseguenze delle misure prese nel quadro del programma di realizzazione del mercato interno per rimuovere gli ostacoli al commercio e per promuovere una più stretta integrazione dei mercati comunitari».

⁶³ Tale obbligo è previsto dall'art. 4, § 1, del regolamento (CE) 139/2004, che prevede che la notifica delle concentrazioni debba essere effettuata «prima della loro realizzazione e dopo la conclusione dell'accordo, la comunicazione dell'offerta d'acquisto o di scambio o l'acquisizione di una partecipazione di controllo». Il regolamento consente poi alla Commissione di irrogare sanzioni fino a concorrenza del 10% del fatturato totale realizzato dall'impresa interessata allorché, intenzionalmente o per negligenza, questa ometta «di notificare una concentrazione conformemente

Tanto premesso, è opportuno ricordare che l'attività di definizione del mercato si configura come un'attività bipartita, dovendo essa portare all'individuazione del mercato sia sotto il profilo del prodotto sia sotto il profilo geografico affinché, come detto, siano individuati i concorrenti effettivi delle imprese interessate che sono in grado di condizionare il comportamento di queste ultime e di impedire loro di operare in modo indipendente da effettive pressioni concorrenziali⁶⁴. A questo fine, si suole quindi individuare, innanzitutto, un mercato rilevante del prodotto, il quale comprende, secondo la definizione che ne viene data dal diritto dell'Unione europea, tutti i prodotti o servizi considerati intercambiabili o sostituibili dagli acquirenti⁶⁵. I parametri sulla base dei quali viene valutata tale fungibilità sono ricondotti alle caratteristiche, al prezzo e alla funzione d'uso dei prodotti⁶⁶. La sostituibilità tra

all'articolo 4 e all'articolo 22, paragrafo 3, prima della sua realizzazione» (art. 14, § 2, lett. a). In relazione alla prassi sanzionatoria della Commissione in relazione a condotte di "gun jumping", cfr. F. GHEZZI, G.D. PINI, *Falsa partenza! Appunti su gun jumping e disciplina europea delle concentrazioni*, in *Riv. soc.*, vol. 2, 2019; E. BARBIER DE LA SERRE, E. LAGATHU, *The Law on Fines Imposed in EU Competition Proceedings: Faster, Higher, Harsher*, in *JECLAP*, vol. 4, n. 4, 2013; OCSE, *Suspensory Effects of Merger Notifications and Gun Jumping*, Background Note by the Secretariat, 2019.

⁶⁴ Cfr. Comunicazione sulla definizione del mercato rilevante, § 2.

⁶⁵ Si veda, ad esempio, la XXVII relazione della Commissione europea sulla politica di concorrenza 1997, dove è affermato, nel presentare la nuova comunicazione sulla definizione del mercato rilevante, l'analisi della sostituibilità dal lato della domanda come *driver* principale nell'analisi dei mercati rilevanti, che risultano pertanto costituiti «dai prodotti o dai servizi che il consumatore considera sostituibili tra loro in un'area geografica determinata, in particolare in termini di uso e di prezzo». Da ciò la Commissione fa derivare che «il mercato rilevante, definito in base ai prodotti o ai servizi venduti in una certa area geografica dalle imprese interessate da un procedimento, comprende i prodotti o i servizi e le zone di commercializzazione in grado di influenzare o limitare in misura sufficiente il comportamento concorrenziale delle imprese in causa». La sostituibilità non rappresenta certamente l'unico parametro di definizione del mercato rilevante. Come ricorda anche la comunicazione della Commissione, un importante parametro di pressioni concorrenziali è anche quello della concorrenza potenziale che, tuttavia, non viene presa in considerazione all'atto della definizione del mercato, bensì in uno stadio successivo, allorché la posizione delle imprese interessate sul mercato rilevante è stata già accertata e dà effettivamente adito a problemi dal punto di vista della concorrenza.

⁶⁶ Cfr. l'art. 6.1 dell'Allegato I (recante il Formulário CO relativo alla notificazione di una concentrazione a norma del regolamento (CE) n. 139/2004) del regolamento di esecuzione (UE) n. 1269/2013, recante modifica del regolamento (CE) n. 802/2004 di

i prodotti o servizi oggetto deve essere anzitutto verificata dal lato della domanda, al fine di determinare il grado di fungibilità del prodotto di riferimento con altri prodotti che i consumatori considerano sostitutivi. Tale valutazione è quella che svolge il ruolo più importante nella definizione del mercato rilevante, posto che, se è vero che prodotti sostituibili dal versante della domanda potrebbero costituire appartenere al medesimo mercato rilevante anche in assenza di sostituibilità dal lato dell'offerta, l'assenza di *demand-side substitutability* è spesso ostativa alla definizione di un unico mercato rilevante. Il ruolo prioritario rivestito dall'analisi sul versante della domanda deriva dalla funzione insita alla disciplina della concorrenza e, in particolare, allo strumento del controllo delle concentrazioni che, come si è avuto di analizzare nel Capitolo II⁶⁷, assume come proprio fine il benessere del consumatore⁶⁸.

La sostituibilità, come detto, può anche essere accertata sul versante dell'offerta, avendo riguardo, quindi, al rapporto con tali beni o servizi da parte

esecuzione del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (G.U.U.E. L 336/1 del 14 dicembre 2013). Ad esempio, rispetto alla funzione d'uso, è stata sostituibilità di farmaci con caratteristiche diverse ma con simili funzioni terapeutiche (cfr. la sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 12 dicembre 2018, causa T-691/14, *Servier c. Commissione*, ECLI:EU:T:2018:922), mentre rispetto al parametro delle caratteristiche è stato menzionato, tra gli altri, il mercato dei diritti televisivi relativi ad eventi sportivi di speciale rilievo, del quale è stata riconosciuta a livello nazionale l'autonomia merceologica alla luce delle caratteristiche dei prodotti, tali da attirare elevati livelli di *audience* e/o ad incrementare il numero degli abbonamenti alla *pay-tv* (cfr. il provvedimento dell'AGCM del 19 luglio 2017, n. 26683, caso I814, *Diritti internazionali*, in Boll., 29/2017), così come il mercato del noleggio a breve termine di autoveicoli, che si differenzia da quello a lungo termine proprio in ragione di una caratteristica del servizio fornito (cfr. il provvedimento dell'AGCM del 5 settembre 2018, n. 27309, caso C12187, *Leasys / Win Rent*).

⁶⁷ Cfr., in particolare, il § 4.1 del Capitolo II.

⁶⁸ Lo rileva la Commissione nel documento di lavoro del 12 luglio 2021, *Evaluation of the Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law of 9 December 1997*, SWD(2021) 199, la definizione del mercato «*is primarily customer-centric by assessing which alternative products or services are available to the customer to satisfy the same need. This follows from the purpose of the competition rules, which is to protect competition to the benefit of customers and ultimately of EU consumers in general. As a consequence, the concept of the relevant market in antitrust and merger enforcement is different from the definitions of markets used in other contexts*».

dei produttori o fornitori dei medesimi. Considerato che questo elemento rappresenta generalmente un vincolo competitivo meno immediato (alla luce dell'esistenza di costi e tempi di conversione che sono raramente nulli per i fornitori), il criterio della sostituibilità dal versante dell'offerta viene impiegato soprattutto laddove si tratti di definire il mercato in situazioni nelle quali tale sostituibilità ha effetti equivalenti, in termini di efficacia e di immediatezza, a quelli della sostituibilità sul versante della domanda.

Nello specifico, la prassi e le linee guida della Commissione mostrano una preferenza per tale valutazione in caso di beni eterogenei ma prodotti sulla base di tecnologie o altri *input* del tutto assimilabili, oppure in caso di più varietà di un medesimo prodotto che, pur considerate non sostituibili sul versante della domanda quanto alle loro prospettive di utilizzo, sono considerati dai produttori come parte di una medesima gamma, alla luce della possibilità di convertire la propria produzione a prezzi e tempi nulli o, più spesso, particolarmente contenuti⁶⁹. D'altra parte, se la sostituzione sul versante della domanda comporta la necessità di modificare significativamente le immobilizzazioni materiali ed immateriali, di procedere ad investimenti aggiuntivi e di prendere decisioni strategiche, nonché tempi lunghi, essa non verrà presa in considerazione ai fini della definizione del mercato.

Dal punto di vista metodologico, la sostituibilità viene valutata, almeno teoricamente, mediante l'impiego di test econometrici. In particolare, la comunicazione sulla definizione del mercato rilevante fa esplicito riferimento, confermandone la predilezione, al test del monopolista ipotetico, anche detto

⁶⁹ Un caso tipico è quello della produzione di carta. In tale settore, infatti, se dal punto di vista della domanda non è possibile utilizzare, per un certo uso specifico, qualsiasi tipo di carta, le cartiere sono tuttavia attrezzate per produrre le diverse qualità e la produzione può essere modificata ad un costo trascurabile e in un breve arco di tempo, con la conseguenza che le cartiere sono in grado di concorrere per l'aggiudicazione di ordini di qualsiasi qualità di prodotto.

SSNIP⁷⁰, in ragione del quale due prodotti appartengono allo stesso mercato se un piccolo ma durevole incremento di prezzo dell'uno – solitamente identificato in un aumento tra il 5% e il 10% su un orizzonte temporale di un anno – determina uno spostamento sufficientemente importante della domanda verso l'altro⁷¹. A tale fine, peraltro, va precisato che il prezzo da prendere in considerazione è il prezzo esistente sul mercato anche se è possibile che, in situazioni in cui si ritenga che il prezzo non si sia formato in condizioni di equa concorrenza, la Commissione operi taluni aggiustamenti a tale importo. A questo proposito va osservato che, nella prassi, la Commissione ha applicato empiricamente il test SSNIP in poche occasioni⁷² e che la stessa Corte di giustizia, alla quale era stata posta la questione circa l'effettiva obbligatorietà di tale esercizio, ha sempre risposto negativamente, confermando la più ampia discrezionalità della Commissione nelle metodologie esperite⁷³.

3.2. (segue) L'aggiornamento della comunicazione sulla definizione del mercato rilevante: rischi e opportunità

Quella della sostituibilità tra prodotti è una questione che nella prassi

⁷⁰ “SSNIP” è l'acronimo di *Small but Significant and Non-Transitory Increase in Price*, motivo per cui tale test è anche definito come «criterio dell'aumento modesto ma significativo e non transitorio dei prezzi» (cfr. le conclusioni dell'avvocato generale Wathelet del 26 settembre 2013, causa C-295/12 P, *Telefónica e Telefónica de España c. Commissione*, ECLI:EU:C:2013:619).

⁷¹ Tale esame si concentra, nella sostanza, sulla sostituzione della domanda innescata da piccole variazioni permanenti dei prezzi relativi, e implica una valutazione sulla potenzialità redditizia di un incremento nel prezzo oggetto di indagine, potendo così aggiungere al mercato considerato altri prodotti ed altre aree finché non viene individuato un insieme di prodotti e di aree tale che un lieve incremento permanente dei prezzi sarebbe redditizio.

⁷² Tra queste, si vedano le decisioni della Commissione del 4 luglio 2018, caso M.8451, *Tronox / Cristal*; e del 29 marzo 2017, caso M.7995, *Deutsche Börse / London Stock Exchange Group*.

⁷³ Cfr., da ultimo, la sentenza del Tribunale del 20 ottobre 2020, causa T-380/17, *HeidelbergCement e a. c. Commissione*, ECLI:EU:T:2020:471, spec. punto 331, dove è stato osservato che «the “SSNIP test” is not the only method available to it when defining the relevant geographic markets».

non si rivela sempre di facile soluzione. Tra le ragioni di difficoltà che hanno posto sotto scrutinio la materia, vi è ad esempio il fatto che anche prodotti dissimili possono, in talune occasioni, presentare caratteristiche fisiche o tecniche tali da essere considerati intercambiabili. Alcuni temi sono emersi anche in relazione alla definizione geografica del mercato rilevante che, come detto, rappresenta il passo immediatamente successivo alla definizione dell'ambito merceologico interessato dalla concentrazione. A differenza che per la nozione di mercato del prodotto, la nozione di mercato geografico rilevante ai fini della disciplina del controllo delle concentrazioni è individuata a livello normativo: infatti, l'art. 9, § 7, del regolamento (CE) 139/2004 lo definisce come «un territorio in cui le imprese interessate intervengono nell'offerta e nella domanda di beni e di servizi, nel quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere distinto dai territori vicini, in particolare a motivo delle condizioni di concorrenza notevolmente diverse da quelle che prevalgono in quei territori». È altresì previsto che, nell'ambito della valutazione del mercato geografico, si debba tenere conto della natura e delle caratteristiche dei prodotti o servizi in questione, dell'esistenza di ostacoli all'entrata, di preferenze dei consumatori, nonché dell'esistenza, tra il territorio in oggetto e quelli vicini, di differenze notevoli di parti di mercato delle imprese o di sostanziali differenze di prezzi.

Le difficoltà definitorie sono tuttavia aumentate con la digitalizzazione dell'economia occidentale e, nello specifico, con la diffusione di attori economici operanti su mercati multi-versanti, che pongono nuove e complesse questioni interpretative. È proprio per far luce su eventuali limiti o profili di inadeguatezza della propria prassi in materia di definizione dei mercati rilevanti che l'UE ha avviato (nell'ambito del processo di *self-assessment* che la Commissione Von Der Leyen ha intrapreso circa l'adeguatezza della politica e

delle norme europee in materia di concorrenza⁷⁴) una valutazione in merito all'adeguatezza della propria comunicazione del 1997 sulla definizione del mercato rilevante.

Le risultanze di tale valutazione, sintetizzate in un documento di lavoro del 12 luglio 2021⁷⁵, mostrano innanzitutto una valutazione positiva dell'efficacia della comunicazione nei ventitré anni di vigenza, durante i quali, tuttavia, le questioni di merito e di merito relative alla definizione dei mercati rilevanti si sono evolute, così come le tecniche che la dottrina economica ha sviluppato. Questo è stato anche riflesso dalla prassi della Commissione, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia⁷⁶, nonché nei precedenti delle autorità garanti della concorrenza nazionali che, pur non essendo vincolate – a

⁷⁴ Si veda, in proposito, la *Mission letter* della Commissaria alla Concorrenza Margrethe Vestager, del 1° dicembre 2019, alla quale la Presidente della Commissione ha attribuito il mandato di assicurare che «*our competition policy and rules are fit for the modern economy*», anche attraverso una valutazione e revisione delle norme europee sulla concorrenza, tra cui «*the antitrust regulations that will expire in the course of the mandate, the ongoing evaluation of merger control and the review of State aid rules and guidance*».

⁷⁵ Il documento di lavoro era accompagnato da una relazione economico-giuridica, predisposta da alcuni consulenti su richiesta della Commissione: cfr., P. HAUSEMER E AL., *Support study accompanying the Commission Notice on the evaluation of the definition of relevant market for the purposes of Community competition law*, Lussemburgo 2021.

⁷⁶ Sono molteplici le sentenze con cui i giudici del Kirchberg si sono pronunciati sulla correttezza della definizione del mercato rilevante, facendo in molte occasioni riferimento alla comunicazione della Commissione del 1997. Cfr., a mero titolo esemplificativo, la sentenza del Tribunale del 28 aprile 2010, causa T-446/05, *Amann & Söhne GmbH & Co. KG e Cousin Filterie SAS c. Commissione*, ECLI:EU:T:2010:165. È interessante osservare che il Tribunale, con sentenza del 27 aprile 2016, causa T-463/14, *Österreichische Post AG c. Commissione*, ECLI:EU:T:2016:243, spec. punti 38-41, ha peraltro affermato che, nell'ambito della disciplina del controllo delle concentrazioni, la Commissione gode di una significativa discrezionalità nella definizione del mercato rilevante che, implicando valutazioni economiche complesse, può essere soggetta solo ad un controllo limitato da parte del giudice dell'Unione, al quale sarà demandato, ad esempio, di verificare se la valutazione della Commissione si basi su elementi di prova esatti, attendibili e coerenti che costituiscono l'insieme dei dati rilevanti da prendere in considerazione per valutare una situazione complessa. (in senso conforme, cfr., in materia di abuso di posizione dominante, le sentenze del Tribunale del 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, ECLI:EU:T:2007:289, punto 482; del 15 dicembre 2010, causa T-427/08, *CEAHR c. Commissione*, ECLI:EU:T:2010:517, punto 66 e, in materia di intese, la sentenza del Tribunale del 24 maggio 2012, causa T-111/08, *MasterCard e a. c. Commissione*, ECLI:EU:T:2012:260, punto 169)

differenza della Commissione europea⁷⁷ – ai criteri enucleati nella comunicazione, hanno beneficiato di un sempre maggiore convergenza, anche per merito dell’attività della Rete europea della concorrenza⁷⁸ (*European Competitino Network – ECN*), oltre che di forum internazionali come l’Organizzazione Mondiale per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE)⁷⁹ e l’International Competition Network (ICN).

Una prima questione che è stata ritenuta meritevole di essere analizzata riguarda la coerenza sistematica degli atti di natura regolamentare adottati dalla Commissione. Riconoscendo, in particolare, l’assenza di indicazioni specifiche sulla definizione del mercato rilevante all’interno delle comunicazioni in materia di *merger control*, la Commissione riconosce che la teoria e tecnica della definizione dei mercati rilevanti possono essere rafforzate

⁷⁷ Come ricorda il documento di lavoro della Commissione, «*as an instrument of soft law published at EU level, the principles set out in the Notice are binding on the Commission and limit its discretion in the methods and elements to consider when carrying out market definitions. In contrast, the Notice does not bind the EU Courts, NCAs or national courts nor was it designed to be applicable outside of EU competition law*».

⁷⁸ Lo ECN (cui è dedicata la citata comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell’ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza) costituisce una piattaforma di coordinamento e indiretta armonizzazione delle prassi nazionali in materia antitrust. Oltre che in seno allo ECN, gli Stati membri hanno attuato una cooperazione specifica con riferimento alla disciplina del controllo delle concentrazioni aventi spiccati profili transfrontalieri, nell’ambito dello EU Merger Working Group che, istituito a Bruxelles nel 2010, è composto da rappresentanti della Commissione europea e delle AGN, oltre che da alcuni osservatori delle autorità dei paesi EFTA, ed è finalizzato a rafforzare la cooperazione interstatale e assicurare maggiore coerenza decisionale. Tale gruppo si è anche dotato di apposite linee guida: cfr. EU MERGER WORKING GROUP, *Best Practices on Cooperation between EU National Competition Authorities in Merger Review*, 8 novembre 2011.

⁷⁹ È cruciale il ruolo che ha avuto l’OCSE nella formazione ed evoluzione della disciplina di concorrenza e, segnatamente, della normativa in materia di concentrazioni (non solamente nei paesi in via di sviluppo, ma anche nell’ambito di giurisdizioni dove la disciplina antitrust è più “matura”, come l’UE). Il tema è stato trattato, tra gli altri, da M. BLACHUCKI, *The role of the OECD in development and enforcement of competition law*, in *Revista Eletrônica de Direito Público*, vol. 3, 2016; F. JENNY, *International Cooperation on Competition: Myth, Reality and Perspective*, in *Antitrust Bull.*, vol. 48, no. 4, 2003; R. ANDERSON, N. SEN, *The Role of the OECD in Competition Policy*, in T. COTTIER, NADAKAVUKAREN SCHEFER (a cura di), *Elgar Encyclopedia of International Economic Law*, Cheltenham, 2017.

dalla previsione di un atto comune, anziché dell'inserimento di previsioni specifiche in materia di definizione sul mercato rilevante in diversi atti di *soft law*⁸⁰.

In secondo luogo, è stata prospettata la possibilità di integrare ulteriormente la comunicazione sul mercato rilevante, andando a disciplinare anche le questioni di maggiore attualità e innovatività, al fine di guidare, nell'attività futura, la Commissione e le AGN. In questo senso, pur riconoscendo di godere di una certa discrezionalità in merito alla definizione dei contenuti della comunicazione, la Commissione mostra una certa ritrosia rispetto alla prospettiva di inclusione, all'interno della medesima, di previsioni relative ai mercati di nuova emersione, che siano già stati oggetto di precedenti della Commissione medesima e, soprattutto, dello scrutinio della Corte di giustizia⁸¹. La cautela è certamente condivisibile: il rischio che le prescrizioni contenute negli atti di *soft law* divengano presto obsolete è concreto, specialmente se si considera l'insito dinamismo che caratterizza i mercati digitali e lo stadio, ancora prematuro, della ricerca economica in merito ai relativi connotati.

3.3. Le sfide poste dalla definizione del mercato rilevante nell'economia digitale

Un prima questione che merita una riflessione è quella correlata alla natura multi-versante dei mercati digitali che, come si è detto in precedenza, ne rappresenta una delle principali peculiarità. Tra le questioni di maggiore

⁸⁰ Tale eventualità, che pure era stata prospettata in sede di consultazione, sarebbe infatti idonea non solo a generare un'inutile ripetizione ma, secondo la Commissione, avrebbe anche l'effetto di ridurre la portata di tali indicazioni: infatti, come dimostrato dalla consultazione pubblica, la comunicazione sulla definizione del mercato rilevante è stata oggetto di applicazione da parte di AGN e governi nazionali anche al di fuori dell'ambito della politica antitrust.

⁸¹ In particolare, la Commissione parla di un «*higher risk that the Notice becomes obsolete more quickly and that it becomes lengthy and less user-friendly*».

criticità nella definizione dei mercati rilevanti vi è, in effetti, una sempre maggiore convergenza tecnologica, accresciuta anche dalle possibilità di interconnessione tra prodotti e servizi originariamente non connessi, destinati oggi a diventare sempre più strettamente integrati. Orologi, telefoni, televisioni, computer e piattaforme di *social media* sono stati pensati e inizialmente commercializzati come tecnologie, prodotti e servizi separati e per lo più non correlati (né, certamente, sostituibili). Tuttavia, grazie anche allo sviluppo del settore IoT, essi formano oggi parti correlate di un'unica industria delle telecomunicazioni e dei media, nei quali svolgono un ruolo centrale quelli che sono stati definiti come «ecosistemi». Il tema è emerso anche in materia di concentrazioni dove, tuttavia, la prassi della Commissione non ha portato, ad oggi, all'adozione di provvedimenti negativi che siano stati impugnati dinnanzi alle giurisdizioni europee⁸².

I principali fattori che rendono rendere complessa la definizione dei mercati rilevanti entro cui operano le piattaforme possono essere ricondotti, da un lato, alla natura multi-versante di tali mercato e, dall'altro, alla circostanza che i servizi sono spesso forniti, agli utenti di un versante, a prezzo zero. Quanto alla prima questione, si pone innanzitutto il tema relativo alla necessità di definire i due o più versanti come un unico mercato rilevante, ovvero definire un mercato rilevante per ciascun versante.

In questo senso, tra le diverse soluzioni proposte dalla dottrina, la posizione più convincente appare quella di chi sostiene che la definizione dell'approccio da adottare debba avvenire solo una volta che è stato chiarito quale tipologia di piattaforma sia oggetto di indagine antitrust e, in particolare,

⁸² Si vedano in particolare le decisioni della Commissione dell'11 marzo 2008, caso M.4731, *Google / DoubleClick*; del 19 febbraio 2008, caso M.4726, *Thomson Corporation / Reuters Group*; del 18 febbraio 2010, caso M.5727, *Microsoft / Yahoo! Search Business*; del 3 ottobre 2010, caso M.7217, *Facebook / WhatsApp*; del 6 settembre 2018, caso M.8788, *Apple / Shazam*.

se si tratti di piattaforme di transazione (*transaction platforms*) e non di transazione (*non-transaction platforms*)⁸³. Nello specifico, finché i gruppi di utenti contenuti fornitori di contenuti e tutti gli altri agenti coinvolti non effettuano transazioni dirette tra loro (e pertanto si pongano in un rapporto solamente indiretto, grazie all'intermediazione della piattaforma) le autorità dovrebbero definire un mercato diverso per ogni versante della piattaforma⁸⁴.

In questo senso, caso di indubbio rilievo consiste nella recente pronuncia del Tribunale sul ricorso di Google contro la decisione della Commissione nel caso *Google Search (Shopping)*, con cui la Commissione aveva irrogato una sanzione a Google per abuso di posizione dominante in violazione dell'art. 102 TFUE⁸⁵. Tra i motivi di ricorso sollevati da Google vi era proprio un'errata valutazione del mercato rilevante da parte della Commissione delle peculiarità dei mercati in cui Google opera, atteso che, secondo la ricorrente, la Commissione non avrebbe correttamente analizzato il modello di *business* di Google, non avendo adeguatamente compreso la distinzione tra il versante (a

⁸³ Distinzione proposta da E. VAN DAMME, L. FILISTRUCCHI, D. GERADIN, S. KEUNEN, T. KLEIN, T. MICHIELSEN, J. WILEUR, *Mergers in Two-Sided Markets A Report to the NMA*, 2010.

⁸⁴ Cfr. L. FILISTRUCCHI, D. GERADIN, E. VAN DAMME, P. AFFELDT, *Market definition in two-sided markets: Theory and practice*, in *J. Competition Law Econ.*, vol. 10, n. 2, 2014, pp. 293–339. Di diverso avviso J.U. FRANCK, M. PEITZ, *Market definition and market power in the platform economy*, Report for CERRE, 2019.

⁸⁵ Decisione della Commissione del 27 giugno 2017, caso AT.39740, *Google Search (Shopping)*. Nello specifico, secondo l'accertamento compiuto dalla Commissione, Google aveva sistematicamente attribuito una posizione preminente al proprio servizio di acquisti comparativi, collocati in cima ai risultati della ricerca, o comunque tra i primi, sul proprio motore di ricerca, retrocedendo invece i servizi concorrenti di acquisti comparativi, attraverso algoritmi di ricerca utilizzati per definire le modalità di visualizzazione dei risultati dei siti di comparazione. Su tale decisione, *inter alia*, M. KRZYSZTOF, *Interpretation of the remedy in the Google Shopping decision and its consequences*, in *CoRe*, vol. 4, n. 1, 2020; S. BROOS, J.M. RAMOS, *Competing business models and two-sidedness: an application to the Google shopping case*, in *Antitrust Bull.*, vol. 62, n. 2, 2017; P. IBÁÑEZ COLOMO, *Indispensability and abuse of dominance: from Commercial Solvents to Slovak Telekom and Google Shopping*, in *JECLAP*, vol. 10, n. 9, 2019; P.A. BERGKAMP, *The European Commission's Google Shopping decision: could bias have anything to do with it?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 26, n. 4, 2019.

pagamento) relativo ai servizi pubblicitari e quello (gratuito) concernente i servizi di ricerca *online*, sussistente nell'ambito del modello aziendale – «*two-sided, ad-funded*»⁸⁶ – di Google. Il Tribunale ha innanzitutto confermato che, nel caso di specie, si fosse in presenza di un mercato a due versanti, ovvero sia un mercato «*in which suppliers simultaneously respond to two distinct demands from different types of service user*»⁸⁷. Ha poi rigettato gli argomenti di Google, rilevando come la Commissione non avesse ridotto il mercato rilevante dei servizi di comparazione al solo versante degli utenti di internet, bensì avesse – correttamente – operato la propria valutazione in guisa tale da definire le caratteristiche della domanda non solo dalla prospettiva degli utenti, ma anche dei venditori operanti *online* dall'altro versante. La discussione, emersa da ultimo nel caso *Google Search (Shopping)*, in relazione alla corretta valutazione delle caratteristiche dei mercati multi-versante (e dei relativi rapporti di sostituibilità e complementarietà tra i prodotti e i servizi che sono oggetto di ciascun versante) sono il sintomo di un più ampio disaccordo in merito alle modalità che devono essere seguite nella definizione dei mercati multi-versante.

Diverso è il caso delle *non-transaction platforms* che, come detto, si caratterizzano per il fatto che tra i due o più gruppi di utenti vi sia un rapporto commerciale e di scambio diretto. In tal caso, sembra preferibile la definizione di un unico mercato, come ad esempio effettuato dal Bundeskartellamt nel 2020, allorché ha autorizzato una concentrazione tra due piattaforme di incontri

⁸⁶ Sentenza del Tribunale del 10 novembre 2021, causa T-612/17, *Google e Alphabet c. Commissione (Google Shopping)*, ECLI:EU:T:2021:763, punto 305.

⁸⁷ Trib., T-612/17, *Google Shopping*, cit., punto 473. Nello specifico, i due versanti nel caso di specie venivano identificati, da un lato, nella domanda degli utenti di Internet che desiderano confrontare le caratteristiche e i prezzi dei prodotti prima di effettuare definitivamente un acquisto e, dall'altro, dalla domanda di coloro che, per vendere i propri prodotti, inseriscono informazioni sui medesimi nelle banche dati dei fornitori di servizi *online* di comparazione (sebbene, come «*any transaction between buyer and seller will take place, if at all, on a different market*»).

online: secondo l'autorità tedesca, in particolare, nel caso di specie non era giustificabile una distinzione tra i diversi versanti del mercato, rappresentati dai servizi di *matchmaking* forniti, da un lato, alle donne e, dall'altro, agli uomini⁸⁸.

Quando al secondo profilo, va notato innanzitutto che, alla luce dei modelli di *business* del piattaforme *online*, la gratuità del servizio o prodotto che viene fornito ad un gruppo di utenti non implica l'assenza di preoccupazioni dal punto di vista concorrenziale. In questo senso, è ormai associato dal punto di vista della teoria economica⁸⁹ che fornire un prodotto (o somministrare un servizio) gratuitamente può essere una parte di una più ampia strategia di massimizzazione del profitto per un'impresa⁹⁰. Offrendo prodotti o servizi su base gratuita, la piattaforma attrae un maggior numero di utenti, e di tale aumento beneficia l'altro versante su cui operano, a pagamento, altri operatori, tra cui gli inserzionisti pubblicitari (come nel caso dei *social network* o dei motori di ricerca) e i venditori di prodotti e servizi (come nel caso delle piattaforme di vendita, quali Amazon o Booking). La perdita economica determinata dall'offerta a prezzo zero di un prodotto su un versante è quindi solitamente recuperata mediante i maggiori guadagni ottenuti sull'altro da parte della piattaforma. Da questo punto di vista, è pertanto censurabile un approccio che non valuti come autonomo mercato rilevante quello in cui i servizi vengano forniti gratuitamente⁹¹.

⁸⁸ Decisione del Bundeskartellamt del 6 luglio 2020, caso B6-29/20, *ProSiebenSat / The Meet Group*.

⁸⁹ *Ex multis*, cfr. D.S. EVANS, *The antitrust economics of multi-sided platform markets*, cit., J.M. NEWMAN, *Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations*, in SSRN, 2014; A. FLETCHER, *Market Investigations for Digital Platforms: Panacea or Complement?*, in JECLAP, vol. 12, n. 1, 2021. V. BAGNOLI, *The big data relevant market*, in F. DI PORTO, *Big data e concorrenza*, in *Conc. Merc.*, n. 23, 2016, pp. 73-94; J-U. FRANCK, M. PEITZ, *Market Definition in the Platform Economy*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2021.

⁹⁰ L. FILISTRUCCHI, D. GERADIN, E. VAN DAMME, P. AFFELDT, *Market definition in two-sided markets*, cit., p. 300.

⁹¹ A livello di UE, la prassi più risalente della Commissione in ambito di Pay TV

In secondo luogo, la stessa nozione di gratuità potrebbe essere messa in discussione con riferimento a molte delle piattaforme *online*, che agli utenti su un versante richiedono agli utenti, come sorta di *fee*, l'autorizzazione alla raccolta di dati particolarmente granulari sui loro interessi, preferenze, e qualità personali⁹². Questo è il caso, in particolar modo, dei *social network* e delle piattaforme di *e-commerce*, per i quali la raccolta dei dati personali dei propri utenti diviene pertanto la valuta indispensabile utilizzata per compensare i propri fornitori sull'opposto versante⁹³. Il valore economico dei *big data* raccolti in questo modo si realizza, in particolare, allorché, grazie alle informazioni acquisite in merito ai propri utenti, le piattaforme riescono a migliorare l'offerta fornita – con riferimento non solo (anzi, non tanto) nei termini di una maggiore qualità del prodotto offerto gratuitamente, ma (anche) rispetto agli attori economici collocati nell'altro versante – e a raggiungere, in definitiva, una massimizzazione del profitto aggregato conseguito attraverso il proprio ruolo di intermediazione⁹⁴.

sembra mostrare un approccio di questo tipo. Ad esempio, nella propria decisione del 21 marzo 2000, caso JV.37, *BSkyB / Kirch Pay Tv*, la Commissione aveva definito un mercato unico per la Pay TV, senza tuttavia riconoscerne la natura *two-sided* che poteva essere individuata sulla base della distinzione tra utenti (*viewers*) e inserzionisti (*advertisers*).

⁹² Peraltro, contrariamente a quanto avviene in transazioni economiche abituali, gli utenti, nella loro veste di fornitori (di dati), non possono determinare la quantità e la tipologia di informazioni che vogliono fornire, senza poter negoziare cosa e non hanno alcuna influenza su ciò che riceveranno in cambio, secondo un paradigma di “prendere o lasciare” (cfr. A. GEBICKA, A. HEINEMANN, *Social Media & Competition Law*, in *World Competition*, vol. 37, 2014). Si veda [sentenza consiglio di stato]

⁹³ Cfr. I. GRAEF, *Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms*, in *SSRN*, 2015, spec. p. 477, che considera la *disclosure* di dati personali come costi che gli utenti devono sostenere per poter utilizzare le funzionalità *online* senza dover pagare una commissione monetaria.

⁹⁴ Lo ha sostenuto anche l'ex Commissario alla Concorrenza Almunia che, in un discorso del 2013, ha affermato – con riferimento ai motori di ricerca – che l'esistenza di «*strong economies of scale in user information that allow search engines to improve the service they bring to their users*» (cfr. J. ALMUNIA, *Competition in the online world*, LSE Public Lecture, 2013).

Inoltre, non è da escludere, che ai dati forniti dagli utenti sia attribuibile un valore economico *ex se*, che le piattaforme incamerano attraverso la semplice rivendita, o licenza, di tali dati a terze parti, che molto spesso consistono in *data brokers* che li rivendono a loro volta, eventualmente dopo averli elaborati⁹⁵.

La principale conseguenza determinata dalla gratuità dei servizi forniti a un versante è l'inapplicabilità del test SSNIP che, come indicato, costituisce la metodologia di riferimento nella valutazione in merito alla sostituibilità di prodotti o servizi ai fini della delimitazione dal punto di vista merceologico del mercato interessato da una concentrazione.

In definitiva, la definizione del mercato rilevante nell'ecosistema digitale può presentare un numero elevato di insidie, che né la prassi decisionale della Commissione (così come la giurisprudenza della Corte di giustizia), né le linee guida da questa adottate, sembrano risolvere pacificamente. Le evidenze empiriche e gli studi economici sembrano, tuttavia, suggerire che, innanzitutto, nella scelta se definire i mercati rilevanti si debba adottare un approccio "unitario" o "multi-versante", l'attenzione dovrebbe essere posta innanzitutto sulla tipologia delle piattaforme oggetto di analisi.

In secondo luogo, la gratuità dei servizi o prodotti offerti su un versante non dovrebbe far desistere le autorità garanti, ivi inclusa la Commissione, ad operare un'analisi piena delle relazioni economiche e dei rapporti di sostituibilità sussistenti in tali versanti.

Nell'ambito dell'analisi sostanziale della domanda e dell'offerta in ciascuno dei due versanti, poi, la metodologia della Commissione dovrebbe consolidarsi su tre direttive: (i) innanzitutto, l'esplicitazione dell'analisi degli

⁹⁵ Su tale fenomeno, cfr. FEDERAL TRADE COMMISSION, *Data brokers. A call for transparency and accountability*, 2014. Sull'impatto che l'attività dei *data brokers* ha sul diritto della concorrenza (nello specifico, in mercati oligopolistici), cfr. H. KOSKI, *How Do Competition Policy and Data Brokers Shape Product Market Competition?*, in *ETLA Working Papers*, n. 61, 2018; B. LASSERRE, A. MUNDT, *Competition law and big data*, cit., spec. pp. 98 ss.

effetti di rete; (ii) poi, una considerazione del fattore temporale che tenga in considerazione la particolare dinamicità dei mercati in cui le società operano; e (iii) infine, la valutazione dei rapporti di sostituibilità tra prodotti e servizi sulla base di un criterio che, a differenza del test SSNIP, non faccia esclusivamente riferimento all'elemento prezzo.

4. Valutazione sostanziale e rischi di mancata detenzione delle concentrazioni nell'economia digitale

4.1. La valutazione delle concentrazioni alla luce del regolamento (CE) 139/2004: cenni

L'interdipendenza dei mercati nell'ecosistema digitale, se da un lato comporta difficoltà definitorie dei mercati rilevanti, dall'altro fa propendere verso un approccio che, pur muovendo comunque da un'analisi dell'ambito merceologico e geografico di riferimento, ponga meno enfasi su una precisa delimitazione del medesimo a favore di una maggiore centralità sulle c.d. teorie del danno (*theories of harm*) che giustificano un intervento della Commissione europea nell'esercizio della propria competenza ai sensi del regolamento (CE) 139/2004⁹⁶.

È bene ricordare, il proposito, che la presenza di un obbligo di *stand-still*⁹⁷ in capo alle parti fa sì che l'esame svolto dalla Commissione sia di tipo

⁹⁶ Di tale giustificazione la Commissione deve dare evidenza nelle proprie decisioni, alla luce dell'obbligo motivazionale previsto dall'art. 296, § 2, TFUE, in virtù del quale «gli atti giuridici sono motivati e fanno riferimento alle proposte, iniziative, raccomandazioni, richieste o pareri previsti dai trattati» (su tale obbligo, cfr. P. MORI, *Art. 296 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014; A. MAFFEO, *L'obbligo di motivazione degli atti delle istituzioni dell'Unione europea letto attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Federalismi.it*, n. 3, 2018). Tale obbligo assume una portata ancora più significativa ai sensi dell'art. 41 CdFUE che, Nell'alveo del quadro giuridico delineato dalle disposizioni del Trattati e, in particolare, dall'art. 296 TFUE si inserisce anche l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali che, nel disciplinare il diritto a una buona amministrazione, sancisce espressamente «l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni».

⁹⁷ Fanno eccezione i rari casi in cui vi sia stata una violazione dell'obbligo di *stand-*

prospettico. Nello specifico, la Commissione deve porre a confronto le condizioni che si determinerebbero a seguito della concentrazione notificata con quelle che invece si affermerebbero in assenza della concentrazione, attraverso un esercizio c.d. controfattuale. Si nota sin d'ora che un esercizio di questo tipo può portare a maggiori problemi applicativi rispetto alla valutazione svolta in sede di *enforcement* degli artt. 101 e 102 TFUE, esponendo infatti la Commissione al rischio di errori valutativi (sia nel senso di falsi positivi sia di falsi negativi) in merito a circostanze di fatto che non appaiono certe nella loro esistenza ma che sono necessariamente sottoposte a una valutazione di tipo previsionale. La valutazione è comunque svolta in modo prudente dalla Commissione (che a tal fine fa spesso riferimento ad analisi di mercato analisi econometriche particolarmente dettagliate), la quale analizzerà anzitutto le condizioni di concorrenza esistenti al momento della concentrazione e, solo laddove questi possano essere previsti «con ragionevole certezza», prenderà in considerazione «futuri mutamenti del mercato»⁹⁸.

Quanto ai criteri che guidano la valutazione sostanziale delle concentrazioni, si è visto che il regolamento (CE) 139/2004, innovando profondamente la disciplina precedente⁹⁹, ha introdotto il test SIEC, che postula

still, ovvero laddove la Commissione ne abbia previsto una deroga *ad hoc* ai sensi dell'art. 7, § 3, del regolamento (CE) 139/2004. Anche in questi, casi, tuttavia, il perimetro della valutazione della Commissione non si limita all'effetto immediato della concentrazione, ma si estende alle conseguenze future causate dalla medesima.

⁹⁸ Orientamenti sulla valutazione delle concentrazioni orizzontali, spec. § 9. Questo è stato fatto, in particolare, nei mercati relativi all'industria farmaceutica, dove la Commissione ha rilevato che una valutazione completa della situazione concorrenziale richiede esame dei prodotti che non sono ancora sul mercato ma che si trovano in una fase avanzata di sviluppo (c.d. *pipeline products*). Cfr., ad esempio, le decisioni della Commissione dell'8 maggio 2000, caso, M.1846, *Glaxo Wellcome / Smithkline Beecham*; del 17 aprile 2002, caso M.2547 *Bayer / Aventis Crop Science*. Come si vedrà, la necessità di una valutazione prospettica con riferimento a possibili evoluzioni dei mercati e dei prodotti oggetto di analisi è emersa anche con riferimento all'industria digitale.

⁹⁹ Questo, almeno della forma. Cfr.. PAPPALARDO, *Il diritto della concorrenza*, cit., spec. pp. 753 ss., il quale afferma che l'analisi della prassi decisionale della Commissione rivela una «sostanziale continuità» con la casistica antecedente alla riforma della

una valutazione in merito alla potenzialità delle concentrazioni di ostacolare «in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante»¹⁰⁰. L'elemento centrale dell'analisi consiste nella valutazione circa la possibilità che l'entità risultante dalla concentrazione, per effetto della medesima, possa da sola o congiuntamente ad altre imprese presenti sul mercato, aumentare profittevolmente e in modo significativo i prezzi e peggiorare le condizioni di offerta dei prodotti e servizi, con conseguente pregiudizio per i consumatori¹⁰¹.

Nell'ambito dell'esame compiuto dalla Commissione, questa si prefigge in particolare di comprendere adeguatamente le dinamiche concorrenziali proprie dei mercati rilevanti in cui si svolge la concentrazione, in modo da svolgere il più fedelmente possibile la prognosi sugli effetti della concentrazione. In questo senso, l'attività della Commissione svolge un'analisi dell'offerta (con particolare riferimento alle imprese interessate dalla concentrazione e dei concorrenti di queste¹⁰²), oltre che della struttura e delle caratteristiche del mercato, a partire dal grado di concentrazione del medesimo, che la Commissione valuta tenendo in considerazione anche indici matematici, come l'indice Herfindahl-Hirshman, che, secondo quanto indicato negli

disciplina di diritto derivato. Se è vero che il superamento del test di dominanza previsto dalla disciplina preesistente ha ampliato il novero di fattori che la Commissione europea prende in considerazione allorché svolge una valutazione sostanziale delle concentrazioni sottoposte al proprio scrutinio, secondo l'Autore il SIEC si limita, spesso, a svolgere «nella motivazione della decisione, un ruolo complementare, o di sostegno, confermando la previsione della Commissione, secondo cui il criterio della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante avrebbe mantenuto importanza determinante»..

¹⁰⁰ Art. 2, § 2, del regolamento (CE) 139/2004.

¹⁰¹ P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza*, cit., p. 271.

¹⁰² In questo contesto, un primo indice di potere di mercato è dato dalle quote di mercato detenute dalle parti, che offrono un'utile – anche se non risolutiva – indicazione sulla struttura del mercato e sull'importanza concorrenziale sia dei partecipanti alla concentrazione che dei loro concorrenti.

orientamenti sulle concentrazioni orizzontali, può dare una prima indicazione della pressione concorrenziale nel mercato dopo la concentrazione¹⁰³. Altri elementi oggetto di valutazione da parte della Commissione sono, ad esempio, la presenza di barriere all'ingresso nel mercato rilevante o il potere contrattuale degli acquirenti¹⁰⁴.

La previsione del test come quello previsto dall'art. 2, § 2, del regolamento (CE) 139/2004 implica, tuttavia, che una valutazione meramente "strutturale" dell'impatto della concentrazione non possa essere sufficiente, in quanto la Commissione, non limitandosi a prevenire la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante, è tenuta a valutare se la concorrenza effettiva nel mercato interno sia ostacolata per effetto dell'operazione. Per tale ragione, essa è tenuta a formulare una o più «teorie del pregiudizio»¹⁰⁵ che, nello specifico, gli orientamenti della Commissione riconducono alle due macro-categorie degli "effetti non coordinati", che possono manifestarsi nella forma dell'eliminazione di importanti vincoli

¹⁰³ Orientamenti sulle concentrazioni orizzontali, cit., § 16. Com'è indicato nel regolamento (CE) n. 802/2004, l'indice Herfindahl-Hirshman misura il grado di concentrazione del mercato e si calcola sommando i quadrati delle quote di mercato individuali di tutte le imprese presenti nel mercato. In questo modo, l'indice Herfindahl-Hirshman può andare da un numero vicino a zero (in caso di mercato atomistico) fino a 10000 (in caso di monopolio puro). La sua variazione, peraltro, è ritenuta un'utile *proxy* della variazione del grado di concentrazione direttamente prodotta dall'operazione in esame. L'indice Herfindahl-Hirshman non è l'unico impiegato per stimare il livello di concentrazione del mercato dalla Commissione, che in passato ha fatto anche uso del *four firms concentration ratio* (c.d. indice CR4), calcolato sommando le quote di mercato detenute dalle prime quattro imprese, pur essendo tale strumento «piuttosto grossolano, perché il valore così ottenuto non dà conto della distribuzione delle quote» (P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza*, cit., p. 274).

¹⁰⁴ Si vedano, rispettivamente, i §§ V e VI degli orientamenti sulla valutazione delle concentrazioni orizzontali.

¹⁰⁵ Sull'impiego delle *theories of harm* nel diritto della concorrenza dell'UE, cfr. H. ZENGER, M. WALKER, *Theories of harm in European competition law: a progress report*, J. BOURGEOIS, D. WAELBROECK (a cura di), *Ten years of effects-based approach in EU competition law*, Bruxelles, 2012; W. BERG, S. REAL, L. MONTANI, *Internal documents and new theories of harm: EU merger control 2018*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, vol. 40, n. 8, 2019.

concorrenziali o nella realizzazione di preclusioni¹⁰⁶ e degli “effetti coordinati”, che si hanno invece laddove sia significativamente più probabile che imprese, le quali precedentemente non coordinavano il loro comportamento, si coordinino ed aumentino i prezzi o ostacolino in altro modo una concorrenza effettiva a seguito della concentrazione.

La prova della sussistenza di effetti coordinati e non coordinati, anche cumulativi¹⁰⁷, costituisce forse il momento di maggiore rilevanza e, al contempo, complessità dell'*iter* valutativo della Commissione, come peraltro testimoniato dalla recente sentenza, resa dal Tribunale nel già citato caso *CK Telecoms*, dove è stata annullata una decisione del 2016 con cui la Commissione europea aveva vietato l'acquisizione della controllata inglese del gruppo Telefónica da parte del gruppo CK Hutchison (già proprietaria del marchio H3G). In tale pronuncia, infatti, il Tribunale ha svolto uno scrutinio approfondito e puntuale sul merito delle teorie del pregiudizio sollevate nella decisione amministrativa, osservando in proposito che la Commissione europea, pur non essendo chiamata a fornire una prova diretta dell'inevitabile verificarsi degli scenari e delle teorie del pregiudizio, questi

¹⁰⁶ Nello specifico, gli effetti non coordinati consistono: (i) in caso di concentrazioni orizzontali, nell'eliminazione di importanti vincoli concorrenziali per una o più imprese, in modo tale che le stesse possano, di conseguenza, detenere un maggiore potere di mercato, senza mettere in atto un comportamento coordinato; (ii) in caso di concentrazioni non orizzontali, nella realizzazione di una preclusione del mercato, ovverosia «qualsiasi situazione in cui l'accesso dei concorrenti, reali o potenziali, alle forniture o ai mercati è ostacolato o eliminato a seguito della concentrazione» (orientamenti sulla valutazione delle concentrazioni non orizzontali, § 18).

¹⁰⁷ Cfr., ad esempio, la decisione del 26 aprile 2006, caso M.3916, *T-Mobile Austria / Tele.Ring*, rispetto alla quale la Commissione ha sostenuto la presenza di effetti non coordinati e, pur suggerendo che non potessero essere anche esclusi effetti coordinati, ha concluso che non ci fosse bisogno di giungere a una decisione finale su tale ultimo punto, ritenendolo assorbito.

«devono apparire sufficientemente realistici e plausibili e non possono, quindi, essere soltanto ipotizzabili da un punto di vista teorico»¹⁰⁸.

Nello specifico, il Tribunale, con toni anche molto severi che sembrano riecheggiare le pronunce con cui nel 2002 la Corte di giustizia aveva contestato la prassi della Commissione nell'applicazione del regolamento (CEE) 4064/1989, ha rilevato come l'elaborazione delle teorie del danno deve essere finalizzata a giustificare l'affermazione di un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva¹⁰⁹.

Al di là degli aspetti più tecnici di tale pronuncia¹¹⁰, essa sembra preannunciare uno scrutinio sempre più intenso e puntuale sull'operato della Commissione nella valutazione di contrazioni in mercati oligopolistici.

4.2. Le criticità e le sfide poste dalla digitalizzazione

Se l'analisi sostanziale delle concentrazioni implica una misurazione, seppur prognostica, degli effetti che una concentrazione può determinare, è cruciale capire se nell'ecosistema digitale le teorie del danno e gli assunti sui cui si è fondata fino ad ora l'attività di *enforcement* possano trovare applicazione. Il tema, più ampio, del rilievo della digitalizzazione sulla qualificazione della liceità di talune condotte ai sensi del diritto della concorrenza non è certamente nuovo, ed è stato oggetto di ampia trattazione, sebbene con una predilezione

¹⁰⁸ Trib., *CK Telecoms*, cit., punto 118.

¹⁰⁹ Trib., *CK Telecoms*, cit., punto 289

¹¹⁰ Per un commento, cfr. G. MONTI, *EU Merger Control After CK Telecoms UK Investments v. Commission*, in *World Competition*, vol. 43, n. 4, 2020; N. PETIT, D. AUER, *CK Telecoms v Commission: The Maturation of the Economic Approach in Competition Case Law*, in *JECLAP*, vol. 11, 2020; E. DEUTSCHER, *Prometheus Bound? – The Uncertain Future of the Unilateral Effects Analysis in Eu Merger Control After CK Telecoms*, in *J. Competition Law Econ.*, 2021; T. KUHN, S. THOMAS, *The More Economic Judicature: How the General Court has Recalibrated the Merger Gauge*, in *CPI*, 2020; Sui possibili sviluppi, cfr. C. KATARZYNA, "No Magic Number" means "No Magic Number": will the EU Court turn the tide on 4-to-3 mobile mergers in Europe?, *Kluwer Competition Law Blog*, 4 marzo 2021.

verso le fattispecie di cui agli artt. 101 e 102 TFUE da parte della letteratura, stimolata anche da una sempre crescente prassi decisionale europea¹¹¹.

Le questioni che emergono nella riflessione sulle concentrazioni non sono, nondimeno, del tutto eccentriche rispetto a tale dibattito. Per esigenze di coerenza con l'impostazione del presente lavoro, nel prosieguo si cercherà, innanzitutto, di individuare i fenomeni di maggiore criticità emersi nella prassi europea del controllo delle concentrazioni rispetto all'ecosistema digitale e, successivamente, di valutare se sia possibile ritenere efficace, oltre che conforme al quadro giuridico fornito dall'ordinamento dell'Unione europea, la risposta istituzionale fornita a tali tematiche.

Quanto al primo profilo, a chi scrive sembra che, schematizzando, dall'analisi della letteratura scientifica sul punto e della casistica nazionale ed europea, i filoni problematici siano, in primo luogo, in terzo luogo, il rilievo dei dati e del loro possibile impiego nell'ambito dell'analisi delle concentrazioni c.d. *data-driven* e, in secondo luogo, il fenomeno dell'acquisizione di imprese

¹¹¹ Cfr., oltre al citato caso *Google Search (Shopping)*, le decisioni della Commissione del 18 luglio 2018, caso AT.40099, *Google Android*; del 20 marzo 2019, caso AT.40411, *Google Search (AdSense)*; del 17 dicembre 2018, caso AT.40428, *Guess*, e del 24 luglio 2018, caso AT.40182, *Pioneer (vertical restraints)*, nonché la sentenza della Corte di giustizia del 21 gennaio 2016, causa C-74/14, *Eturas UAB e a. contro Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*, ECLI:EU:C:2016:42. Si vedano, poi, le istruttorie, in corso al momento della finalizzazione del presente elaborato, nei confronti di Amazon, casi AT.40462, *Amazon Marketplace*, e AT.40703, *Amazon – Buy Box* (relativamente all'impiego sistematico da parte di Amazon dei dati commerciali non pubblici dei venditori indipendenti che vendono sul proprio *marketplace*, a vantaggio della propria attività di vendita al dettaglio in concorrenza a tali venditori indipendenti), nonché nei confronti di Apple, casi AT.40716, *Apple – App Store Practices*, AT.40652, *Apple – App Store Practices (e-books/audiobooks)*, AT.40437, *Apple – App Store Practices (music streaming)* e AT.40452, *Apple – Mobile payments* (in relazione a condotte connesse all'impiego della piattaforma per l'acquisto di *app* per *smartphone*, nonché sulla preferenza concessa al proprio sistema di pagamento nell'ambito dei dispositivi iPhone e iPad a marchio Apple) e di Meta – già Facebook – nei casi AT.40684, *Facebook leveraging* e AT.40774, *Google-Facebook (Open Bidding) agreement* (il primo volto ad accertare se Meta abbia sfruttato la propria posizione nei mercati dei *social network* e della pubblicità *online* per ostacolare la concorrenza in mercati confinanti e, il secondo, volto ad accertare la sussistenza e l'eventuale illiceità di un accordo, c.d. *Jedi Blue*, tra Google e Meta sulla pubblicità *online* a danno degli editori).

che, pur avendo una dimensione economica non ancora consolidata, presentano un forte potenziale competitivo.

4.2.1. Le concentrazioni finalizzate all'acquisizione di *big data*

In precedenza è stato illustrato che i mercati nei quali le piattaforme *online* competono sono caratterizzati, oltre da significativi effetti di rete ed economie di scala, anche dalla centralità che rivestono i dati. Si è visto, in particolare, che grazie all'acquisizione dei *big data*, le piattaforme riescono a migliorare l'offerta fornita (non solo agli utenti che hanno fornito tali dati, ma anche – e soprattutto – ai fornitori collocati all'opposto versante), massimizzando così i profitti totali e compensando la perdita economica determinata dalla gratuità dei servizi forniti agli utenti. In questo senso, l'acquisizione di tale patrimonio informativo potrebbe non avvenire mediante una genuina richiesta agli utenti, bensì in via indiretta, mediante l'acquisizione di società (non necessariamente rappresentate da altre piattaforme *online*) che dispongano di dati e informazioni particolarmente significativi. L'acquisizione di tali società potrebbe non determinare una significativa aggregazione di quote di mercato, né aumentare significativamente il tasso di concentrazione del mercato, atteso che la detenzione di *big data* ovvero di un bacino di utenti da cui poter acquisire tali dati non si traduce *sic et simpliciter* un potere di mercato significativo.

Nella propria prassi decisionale, la Commissione sembra aver sviluppato una sensibilità al tema, di cui vi è evidenza nel caso già menzionato caso relativo all'acquisizione, da parte di Apple, dello sviluppatore di *app* e *software* di riconoscimento musicale Shazam. Nella specie, la Commissione si è interrogata se l'acquisizione dei dati raccolti da Shazam dai propri utenti consentisse ad Apple – che è attiva, tramite la piattaforma APPLE MUSIC, nello sviluppo e distribuzione di *app* e *software* di *streaming* musicale – di operare una

«preclusione a livello dei fattori di produzione»¹¹², considerato che le informazioni raccolte attraverso l'app SHAZAM

«can be combined with other information collected by Shazam about its users, allowing those Shazam users who are (or are not) already customers of digital music streaming apps competing with Apple Music to be identified»¹¹³.

A tale riguardo, tuttavia, la Commissione ha ritenuto che la possibilità per Apple di accedere a tali informazioni sarebbe stata limitata per effetto delle previsioni contrattuali tra le due parti, oltre che dalle norme europee in materia di tutela dei dati personali e di protezione delle informazioni confidenziali. Inoltre, anche assumendo la possibilità di acquisire tali informazioni, secondo la Commissione tale circostanza non avrebbe potuto determinare una lesione a concorrenza effettiva nel mercato rilevante, considerata in particolare la natura non univoca e replicabile di tali dati che, secondo la Commissione, avrebbero potuto essere raccolti anche da altre piattaforme, come Facebook e Twitter, che raccolgono anche informazioni sui propri utenti. A tale conclusione la Commissione è giunta a seguito di un'indagine di mercato, a seguito della quale essa ha accertato che esistono numerosi altri operatori

«which allow for the targeting of “music enthusiast” audiences [...] which Apple could rely upon to target such users already pre-Transaction. Further, the ability to target subscribers of competing music streaming services post-Transaction would not be limited to Apple, as Apple Music’s rivals could also rely on the same third party services post-Transaction»¹¹⁴.

L'esito dell'esame condotto dalla Commissione, peraltro in linea con quanto deciso nel più risalente caso *Google / DoubleClick*¹¹⁵, non consente tuttavia

¹¹² Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni non orizzontali, cit., § 32.

¹¹³ Commissione, *Apple / Shazam*, cit., § 211.

¹¹⁴ Commissione, *Apple / Shazam*, cit., § 248.

¹¹⁵ Cfr. Commissione, *Google / DoubleClick*, cit., §§ 359 ss.: «it is not excluded that,

di escludere la problematicità di operazioni finalizzate precipuamente all'acquisizione di *user-generated data*. Se è vero che gli sforzi finalizzati a sostenere la natura "rivale" ed esclusiva dei dati si sono rivelati spesso infruttuosi¹¹⁶, è infatti opportuno ricordare che la natura ubiqua dei *big data* non implica che questi siano accessibili a tutte le imprese, considerati i significativi investimenti e correlati costi che le imprese devono sostenere per poter raggiungere un massa sufficiente di dati per poter competere con gli *incumbent*: si pensi, ad esempio, all'attività di ricerca e sviluppo per l'implementazione di tecnologie sufficientemente sviluppate per l'acquisizione e l'analisi dei *big data*, ovvero ai costi connessi alla costruzione e sviluppo di *data centers* per lo stoccaggio dei medesimi¹¹⁷.

Sebbene questo non dovrebbe portare, come da alcuni sostenuto¹¹⁸, ad un'autonoma definizione di un mercato rilevante relativo alla raccolta di *big*

from a factual point of view, the merged entity would be able to combine DoubleClick's and Google's data collections. Such a combination, using information about users' IP addresses, cookie IDs and connection times to correctly match records from both databases, could result in individual users' search histories being linked to the same users' past surfing behaviour on the internet». Tuttavia, anche in quel caso, il rischio di preclusioni concorrenziali era stato accantonato alla luce della possibilità per i concorrenti di reperire *aliunde* i dati raccolti e a Google resi accessibili da parte di DoubleClick.

¹¹⁶ Cfr. G. COLANGELO, *big data, piattaforme digitali e antitrust*, cit., spec. p. 429, che riporta come i *big data* non siano né esclusivi, atteso che nessuna impresa è in grado di controllarne l'intera produzione e diffusione, né rivali, poiché il consumo non ne decresce la disponibilità per gli altri. Dello stesso avviso, *ex multis*, cfr. D.D. SOKOL, R. COMERFORD, *Does Antitrust Have A Role to Play*, cit., spec. p. 6, secondo cui «*if one provider has a piece of data, another provider is not prevented from collecting that very same piece of data*»; M. NUCCIO, M. GUERZONI, *Big data: hell or heaven? Digital platforms and market power in the data-driven economy*, in *Competition & Change*, vol. 23, n. 3, 2019.

¹¹⁷ Cfr. J. MODRALL, *Antitrust risks and big data*, in *SSRN*, 2017, secondo cui la "non rivalità" caratterizza i dati da un punto di vista civilistico, mentre dalla prospettiva del diritto antitrust questa caratteristica sembra eccessivamente ampia. Ad esempio, i dati sviluppati dalle case costruttrici di automobili nel corso dei *testing* e attraverso i dispositivi informatici collocati nei veicoli sono generalmente inaccessibili ai concorrenti. In senso conforme, cfr. A. LAMADRID, S. VILLIERS, *Big data, privacy and competition law: do competition authorities know how to do it?*, in *CPI*, 2017 (secondo cui, «*some data is sometimes – but not always – ubiquitous and cheap and that some is not [...] The growing role of data as an asset also underscores the difficulties of effectively incorporating the verified efficiencies into the legal assessment of a given conduct or merge*»)

¹¹⁸ Si veda, per il rilievo che ha avuto, il *dissenting statement* di Pamela Harbour nel

data ogniqualvolta ciò non si traduca in una successiva commercializzazione dei dati, l'esame svolto dalla Commissione in casi di concentrazioni *data-driven* debba porre al centro di un'analisi dettagliata e puntuale, analisi le possibili preclusioni concorrenziali determinate dall'acquisizione dei dati.

In questo senso, l'acquisizione di *big data* potrebbe essere ricondotta, nell'ambito di operazioni non orizzontali (quali sono quelle che in larga parte si verificano nell'economia digitale), alla «preclusione a livello dei fattori di produzione», che i relativi orientamenti della Commissione¹¹⁹ includono tra i possibili effetti non-coordinati che possono essere causati da una concentrazione. Tale situazione si verifica, in particolare, quando, a seguito della concentrazione, è probabile che il nuovo soggetto limiti l'accesso a prodotti o servizi che avrebbe altrimenti fornito se la concentrazione non avesse avuto luogo, con un contestuale aumento dei costi per i concorrenti della *target* nel mercato "a valle". Tale situazione potrebbe portare, infatti, a un aumento del prezzo applicato per l'accesso a tali input, con un possibile ulteriore danno per i consumatori. La descrizione contenuta negli orientamenti della Commissione potrebbe, in effetti, trovare applicazione al caso delle operazioni finalizzate all'acquisto dei *big data*.

Innanzitutto, la nozione di «fattore di produzione» è sufficiente ampia da poter ricomprendere anche i dati che siano raccolti, immagazzinati ed eventualmente processati dall'impresa oggetto di acquisizione¹²⁰.

In secondo luogo, gli orientamenti della Commissione specificano, in linea con la teoria economica sul punto, che una preclusione è tanto più

caso (statunitense) *Google / DoubleClick*, dove veniva rilevato che «*it might have been possible to define a putative relevant product market comprising data that may be useful to advertisers and publishers who wish to engage in behavioral targeting*».

¹¹⁹ Cfr., in particolare, i §§ 29 ss. dei citati orientamenti sulla valutazione delle concentrazioni non orizzontali.

¹²⁰ Gli stesso orientamenti, alla nt. 24, specificano che tale termine «è utilizzato in questa sede in senso generico e può riferirsi anche ai servizi, all'accesso alle infrastrutture e all'accesso ai diritti di proprietà intellettuale».

predicabile quanto sono importanti i fattori di produzione per i prodotti a valle, ad esempio laddove il l'input interessato rappresenti un fattore di costo significativo rispetto al prezzo del prodotto a valle¹²¹. La valutazione dell'importanza dei dati rispetto ai mercati *downstream* che ne fanno uso è un tema che non appare di semplice soluzione: infatti, come già accennato, sebbene si possa sostenere l'ubiquità e la non esclusività dei *big data*, le spiccate economie di scala che caratterizzano i mercati digitali e gli elevati costi che richiede l'accesso a "masse critiche" di dati impongono cautela nel ritenere che questi non costituiscano un input cruciale.

Infine, affinché si possa sostenere un fondato rischio di preclusione sui fattori di produzione, l'impresa integrata a livello verticale, derivante dalla concentrazione, dovrebbe avere la capacità e l'incentivo a operare tale preclusione. Ciò avviene, rispettivamente, allorché l'impresa operante sul mercato *upstream* abbia «un grado significativo di potere di mercato nel mercato a monte»¹²² e la preclusione sull'accesso dei *big data* gli sia vantaggiosa, nel bilanciamento tra la diminuzione delle vendite di tali input ai concorrenti della società *target* e i maggiori profitti derivanti dalla possibilità di incrementare i prezzi di vendita a valle.

La lettura degli orientamenti della Commissione non sembra escludere, pertanto, che una siffatta teoria del danno possa essere impiegata nel caso di operazioni il cui principale scopo (ed effetto) è quello di consentire un'integrazione tra i grandi operatori della *platform economy* e imprese, operanti su mercati verticali o conglomerati, che abbiano a propria disposizione enormi bacini di utenti e, pertanto, di dati. La possibilità, però, di sviluppare ulteriormente tali argomenti deve essere subordinata a un'attenta valutazione,

¹²¹ Cfr. il § 34 degli orientamenti sulla valutazione delle concentrazioni non orizzontali.

¹²² Cfr. il § 34 degli orientamenti sulla valutazione delle concentrazioni non orizzontali.

da svolgersi caso per caso in relazione al posizionamento delle parti, alla tipologia di dati e alle modalità di accesso ai medesimi, nonché agli incentivi a determinare una preclusione di mercato.

In questo senso, se i già citati casi *Microsoft / LinkedIn*, *Google / DoubleClick* e *Apple / Shazam* sembrano occasioni sprecate per lo sviluppo di una dottrina di questo tipo, un'auspicabile inversione di tendenza sembrerebbe essersi verificata nel quadro della valutazione dell'acquisizione di Fitbit (impresa statunitense attiva nella realizzazione di tracciatori di attività che tramite *wireless* e dispositivi indossabili misurano i dati di salute e altre metriche personali dei propri utenti) da parte di Google, che la Commissione europea ha autorizzato con condizioni nel 2020, proprio a seguito di un'indagine in merito alle possibilità che tale operazione determinasse una *foreclosure* in merito ai dati di Fitbit che Google avrebbe acquisito tramite l'operazione¹²³. Tale decisione è altresì istruttiva sull'apparente preferenza da parte della Commissione verso l'imposizione di rimedi di tipo comportamentale che, seppure in controtendenza rispetto alla propria prassi decisionale¹²⁴, è in linea con alcuni

¹²³ Decisione della Commissione del 17 dicembre 2020, caso M.9660, *Google / Fitbit*. Su tale provvedimento si veda anche il *Compendium of approaches to improving competition in digital markets*, pubblicato dal G7 nel 29 novembre 2021. Un giudizio critico sulla decisione è stato formulato nella relazione annuale 2020 sulla politica della concorrenza, 2020/2223(INI), del Parlamento europeo, che ha rilevato che l'acquisizione di target con specifiche risorse in termini di dati può portare a una concentrazione del controllo esercitato su «risorse di dati preziose e non replicabili» e comportare un migliore accesso ai dati per le parti coinvolte nella concentrazione rispetto ai loro concorrenti. Secondo il Parlamento, in particolare, i rischi di consolidamento del potere di mercato e di preclusioni concorrenziali non sono stati affrontati in modo soddisfacente dalla Commissione, considerato anche che «i dati relativi alla salute dovrebbero essere considerati una categoria speciale di dati personali» e che «le misure correttive proposte da Google e appoggiate dalla Commissione sono insufficienti a garantire una concorrenza effettiva nel settore dei dispositivi indossabili e digitali per la salute, che stanno diventando sempre più importanti nella vita dei consumatori».

¹²⁴ È nota la preferenza dell'ordinamento dell'UE per i rimedi strutturali rispetto a quelli comportamentali, sebbene questo non si sia mai tradotto in un ostacolo all'adozione di misure di questo tipo. Si veda, ad esempio la sentenza del Tribunale nella causa T-102/96, *Gencor c. Commissione*, cit., dove è stato affermato – sebbene in un periodo di vigenza del test di dominanza – che, «gli impegni di carattere strutturale, come l'abbassamento della quota di mercato dell'entità sorta dalla concentrazione tramite la

propri precedenti seminali nell'ambito dell'economia digitale¹²⁵. Tali rimedi, che la Commissione si è impegnata a monitorare per un significativo periodo di dieci anni (prorogabili di altri dieci), riguardavano proprio la gestione dei *big data* acquisiti tramite Fitbit (che avrebbero dovuto essere mantenuti separati da quelli impiegati da Google a fini pubblicitari mediante la predisposizione di appositi «*data silos*»), la possibilità per gli utenti di negare la condivisione di tali dati ad altri servizi di Google (es., Google Search, Google Maps, Google Assistant e YouTube) e, significativamente, l'obbligo di mantenere accessibili – gratuitamente – tali dati attraverso l'interfaccia di programmazione (Web API) di Fitbit.

La scelta di adottare misure di tipo comportamentale è condivisibile nella misura in cui offre alla Commissione un rimedio alternativo al divieto *tout court* della concentrazione, rispetto al quale è certamente meno invasivo e più conforme al principio di proporzionalità. Misure di tipo comportamentale appaiono particolarmente auspicabili nel caso di concentrazioni conglomerali e verticali che, a differenza di quelle orizzontali, possono spesso produrre significative efficienze e stimolare processi virtuosi in termini di innovazione e differenziazione dell'offerta, a vantaggio ultimo dei consumatori¹²⁶. Inoltre, a differenza che nella maggior parte delle misure di tipo strutturale, quelle comportamentali possono essere soggette a modifica allorché le condizioni di mercato mutino nel tempo: una circostanza che, nel caso della *platform economy*, appare tutt'altro che remota. D'altra parte, un impiego massiccio di rimedi

vendita di una filiale sia in linea di principio preferibile dal punto di vista dello scopo del regolamento». Nondimeno, secondo il Tribunale, «non può escludersi a priori che gli impegni a prima vista di tipo comportamentale, come [...] quello di consentire l'accesso ad un'infrastruttura essenziale, a condizioni non discriminatorie, siano essi stessi idonei».

¹²⁵ Oltre al già citato caso *Microsoft / LinkedIn*, si vedano le decisioni della Commissione del 18 gennaio 2018, caso M.8306, *Qualcomm / NXP Semiconductors*; del 12 maggio 2017, caso M.8314, *Broadcom / Brocade*.

¹²⁶ Cfr. C. TURGOT, *Killer Acquisitions in Digital Markets*, in *CoRe*, vol. 5, n. 2, 2021.

comportamentali, anche mediante misure che intersecano anche profili non strettamente antitrust (come le misure a tutela della salute e della protezione dei dati personali nel caso *Google / Fitbit*), potrebbe esporre la Commissione all'accusa di operare in un'ottica di regolazione del mercato¹²⁷, anziché di tutela della concorrenza nel medesimo.

4.2.2. L'acquisizione di concorrenti nascenti o di forti innovatori nel settore digitale

Negli ultimi anni, si è assistito a un'ondata di operazioni straordinarie che hanno coinvolto operatori attivi a vario titolo nell'ecosistema digitale. Tra queste, figurano in misura preminente le operazioni che hanno per oggetto concorrenti "nascenti" che, pur non avendo già raggiunto dimensioni significative in termini di vendite – e quindi, per utilizzare un termine caro a chi si occupa di *merger control*, di fatturato – presentano una forte potenzialità dal punto di vista competitivo. Che su tali operazioni si sia concentrato larga parte del dibattito sull'evoluzione della disciplina del controllo delle concentrazioni si spiega in ragione dell'importanza che, nell'ecosistema digitale, riveste l'innovazione tecnologica, di cui le menzionate imprese sono solitamente portatrici.

L'acquisizione di tali soggetti da parte delle grandi piattaforme del *tech* è tradizionalmente vista con un tendenziale sfavore da parte di chi vede in questa prassi un metodo per rafforzare il potere di mercato delle grandi piattaforme mediante la rimozione, dallo scenario competitivo, di importanti parametri di competizione che contribuiscono a rafforzare la competitività e la

¹²⁷ Non che ciò sia del tutto precluso dai Trattati o dalla normativa di diritto derivato. Anzi, come osserva M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 386, è pacifico che la Commissione svolga, nell'esercizio della propria competenza in materia di controllo delle concentrazioni, una sorta di funzione di regolazione industriale.

contendibilità dei mercati in cui esse operano¹²⁸. Tali operazioni vengono definite anche *nascent o killer acquisitions*, proprio ad enfatizzarne l'intrinseca finalità, che in numerose circostanze si prefiggono gli acquirenti, di eliminare "sul nascere" soggetti che possano esercitare, in un futuro più o meno immediato, una rilevante pressione concorrenziale¹²⁹.

La letteratura giuridica ed economica si sono dimostrate caute nel descrivere in termini esclusivamente negativi le acquisizioni di *start-up* e altre imprese "nascenti". In questo senso, è stato osservato¹³⁰ che il proliferare di acquisizioni volte ad acquisire imprese di nuova costituzione dotate di grande potenzialità concorrenziale possa operare come incentivo all'innovazione per tali imprese *target*. È facilmente intuibile, infatti, che la prospettiva di futura acquisizione, spesso dietro il pagamento di corrispettivi molto elevati rispetto ai parametri finanziari normalmente considerati¹³¹, possa sia stimolare l'ingresso nel mercato di nuovi operatori, sia le imprese già esistenti a investire ancora di più in processi di innovazione.

¹²⁸ Come osservato, da ultimo da D. DANIELI, *Il controllo delle concentrazioni nel settore digitale e il nuovo approccio della Commissione europea: fit for purpose?*, in *I Post di AISDUE*, III, 2021, «la presenza di tali imprese, spesso nascenti o *start-ups*, gioca un ruolo particolarmente importante per l'innovazione e la competitività nei mercati digitali, per contrastare (o quantomeno ridurre la possibilità di) un ulteriore consolidamento della posizione dominante dei c.d. giganti del web per mezzo di concentrazioni talora unicamente finalizzate all'eliminazione di una fonte di concorrenza potenziale».

¹²⁹ Il fenomeno delle *killer acquisitions* non è del tutto nuovo. Come mostra, tra gli altri, lo studio di D.D. SOKOL, *Merger Law for Biotech and Killer Acquisitions*, University of Florida Levin College of Law Legal Studies Research Paper Series Paper, 2020, 20-49, operazioni di questa tipologia sono state osservate nell'ambito farmaceutico, dove l'innovazione rappresenta un fattore di pressione concorrenziale di grande importanza. Si veda, sul punto, anche la ricostruzione di K.A. BRYAN, E. HOVENKAMP, *Antitrust Limits on Startup Acquisitions*, in *Review of Industrial Organization*, 56, 4, 2020, pp. 615-636.

¹³⁰ Cfr., in particolare, J.-U. FRANCK, G. MONTI & A. DE STREEL, *Article 114 TFEU as a Legal Basis for Strengthened Control of Acquisitions by Digital Gatekeepers*, Legal Opinion for the German Federal Ministry for Economic Affairs and Energy, 2021.

¹³¹ Cfr. J. FURMAN, D. COYLE, A. FLETCHER, D. MCAULEY AND P. MARSDEN, *Unlocking digital competition*, Report of the Digital Competition Expert Panel, 2019, spec. § 3.44, dove si rileva che, nel periodo 2009-2019, le GAFAM hanno effettuato oltre 400 acquisizioni a livello globale e «*some of these acquisitions have been exceptionally high value, peaking with Microsoft playing \$26.2 billion for LinkedIn*».

In questo senso, la prospettiva di una *policy* eccessivamente rigida e conservativa delle norme in materia di controllo delle concentrazioni potrebbe avere un effetto negativo rispetto a tale stimolo all'innovazione. In secondo luogo, l'acquisizione di concorrenti nascenti dalla grande innovatività può determinare, quale ulteriore esternalità positiva, un trasferimento efficiente di alcuni *input* fondamentali dell'innovazione (si pensi, in particolare, alle tecnologie innovative o al capitale umano) da parte dell'impresa *target* a quella acquirente, che può determinare un ulteriore sviluppo del processo innovativo, grazie alle maggiori capacità di investimento di cui godono, in termini generale, le imprese acquirenti. Si parla, in questo caso, di un effetto di «accelerazione»¹³² del processo di innovazione.

D'altra parte, è tuttavia evidente che l'acquisizione della concorrente nascente da parte della piattaforma di grandi dimensioni – come il «*gatekeeper*» di cui si fa menzione nella proposta di *Digital Markets Act*¹³³ – possa essere determinata da finalità opportunistiche, volte a sopprimere sul nascere i vincoli concorrenziali futuri provenienti dalla *target*.

Le teorie del danno che possono giustificare, in astratto, un intervento delle autorità garanti della concorrenza (e, segnatamente, della Commissione) possono essere ricondotte a due fattispecie che sono già conosciute al diritto della concorrenza.

In primo luogo, si ha l'acquisizione del concorrente potenziale che, come confermato dalle linee guida della Commissione, può ostacolare in modo

¹³² S.K. KAMEPALLI, R. RAGHURAM, L. ZINGALES, *Kill Zone*, Becker Friedman Institute for Economics Working Papers, n. 19, 2020; C. PIKE, *Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control*, OCSE, 2020.

¹³³ Ai sensi dell'art. 3, § 1, di detta proposta, con tale nozione di riferimento a «un fornitore di servizi di piattaforma di base è designato [che] a) ha un impatto significativo sul mercato interno; b) gestisce un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso (gateway) importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali; c) detiene una posizione consolidata e duratura nell'ambito delle proprie attività o è prevedibile che acquisisca siffatta posizione nel prossimo futuro».

significativo una concorrenza effettiva allorché detto concorrente potenziale «condiziona significativamente il comportamento delle imprese operanti nel mercato»¹³⁴. Alla luce della prassi europea, affinché questo possa avvenire dovrebbero essere soddisfatte due condizioni:

«Primo, il concorrente potenziale deve già esercitare un condizionamento significativo oppure vi deve essere una significativa probabilità che si trasformi in una forza concorrenziale effettiva.

Secondo, non deve esistere un numero sufficiente di altri concorrenti potenziali che siano in grado di mantenere una sufficiente pressione concorrenziale a concentrazione avvenuta»¹³⁵.

La seconda teoria del pregiudizio che potrebbe essere formulata rispetto alle acquisizioni di concorrenti nascenti è quella relativa all'innovazione. Infatti, l'acquisizione può avere anche un effetto paralizzante rispetto all'innovazione, specialmente in quei casi in cui il *gatekeeper* ha minore interesse rispetto alla *target* a sviluppare l'innovazione. Questo, tuttavia, non avviene in tutte le operazioni tra *gatekeepers* e imprese in fase di *start-up*, essendo anzi possibile che l'operatore di grandi dimensioni possa avere incentivi anche più forti a sviluppare l'innovazione, specialmente in caso di sinergie tra i prodotti di entrambe le imprese.

Gli orientamenti della Commissione ammettono che la concorrenza effettiva possa essere pregiudicata da una concentrazione tra

«due importanti innovatori, per esempio tra due imprese dotate di prodotti in fase di sviluppo destinati ad uno specifico mercato del prodotto. Analogamente, un'impresa con una quota di

¹³⁴ Cfr., in particolare, gli Orientamenti sulle concentrazioni orizzontali, cit., §§ 58-60. Ciò avviene, ad esempio, allorché il concorrente potenziale «possiede beni produttivi che potrebbero essere facilmente utilizzati per entrare nel mercato senza sostenere costi irrecuperabili significativi» oppure «sarebbe probabilmente disposto a sostenere i costi non recuperabili necessari per entrare nel mercato in un arco di tempo relativamente breve e successivamente condizionare il comportamento delle imprese operanti nel mercato».

¹³⁵ Orientamenti sulle concentrazioni orizzontali, cit., §§ 60.

mercato relativamente modesta può rappresentare, ciononostante, un'importante forza concorrenziale se dispone di prodotti in fase di sviluppo promettenti»¹³⁶.

Le suindicate teorie del danno possono in effetti trovare applicazione allorché la Commissione si trovi a dover decidere in merito ad acquisizioni di concorrenti nascenti nel settore digitale. Che l'innovazione sia, in molte industrie, un «*key component of competition*»¹³⁷ è pacifico, e la circostanza che la concorrenza si svolga non solo tra prodotti sostituibili ma anche tra prodotti o servizi in fase di sviluppo da parte di attori particolarmente innovativi è stata oggetto di valutazione in alcuni precedenti europei in ambito farmaceutico.

I *leading cases*, a tal proposito, sono i casi relativi alle concentrazioni (orizzontali) *Dow / DuPont*¹³⁸ e *Bayer / Monsanto*¹³⁹, che la Commissione ha deciso facendo massiccio uso di rimedi di natura strutturale, attraverso i quali è stata imposta la cessione a soggetti di interi rami d'azienda delle imprese oggetto di acquisizione, anche con riferimento a prodotti in via di sviluppo. Nel caso *Dow / DuPont*, in particolare, la Commissione ha svolto una capillare analisi dei profili di «*innovation competition*», rilevando in particolare che il regolamento (CE) 139/2004 e gli orientamenti sulla valutazione delle concentrazioni orizzontali consentono di analizzare non solo i profili di prezzo, ma anche relativi all'innovazione e alla concorrenza sulla medesima. Compito della Commissione è, pertanto, di determinare

¹³⁶ Orientamenti sulle concentrazioni orizzontali, cit., §§ 38. Da un punto di vista della teoria economica, cfr. G. FEDERICO, G. LANGUS, T. VALLETTI, *Horizontal mergers and product innovation*, in *International Journal of Industrial Organization*, vol. 59, 2018.

¹³⁷ C. ESTEVA MOSSO, *Merger enforcement: getting the priorities right*, Relazione, EU Competition Law: Current Issues in a Global Context, Bruxelles, 19 maggio 2017, p. 9.

¹³⁸ Decisione della Commissione del 27 marzo 2017, caso M.7932, *Dow / DuPont*.

¹³⁹ Decisione della Commissione del 29 maggio 2018, caso M.8084, *Bayer / Monsanto*. Si vedano, altresì, le decisioni del 28 novembre 2018, caso M.7326,, *Medtronic / Covidien*; del 31 maggio 2016, caso M.7559, *Pfizer / Hospira*; del 18 dicembre 2015, caso M.7872, *Novartis / GSK (Ofatumumab autoimmune indications)*.

«whether a transaction is likely to lead to diminished innovation and future competition»¹⁴⁰

In questo senso, l'assunto su cui poggia la teoria del pregiudizio elaborata dalla Commissione è che la concorrenza è un importante determinante nel guidare e stimolare l'innovazione e che, pertanto, una fusione tra due importanti innovatori può determinare una riduzione nell'innovazione.

Al di fuori del settore farmaceutico, profili relativi all'acquisto di innovatori sono stati trattati nel caso *General Electric / Alstom*¹⁴¹ (relativo invece ad un settore ad alta innovatività tecnologica) dove la Commissione, nello svolgere un esame – anche – sulla base dei profili di concorrenza sull'innovazione, ha rilevato che la *target* fosse «più forte» di quanto le proprie quote di mercato potessero suggerire, proprio in quanto importante innovatore da un punto di vista tecnologico¹⁴². Anche in questo caso, i rischi connessi alla perdita di un importante fattore di innovazione sono stati affrontati dalla Commissione mediante rimedi strutturali, in particolare attraverso la cessione ad una società terza (Ansaldo) di un insieme di «*skills and experience from Alstom's team*»¹⁴³, in modo tale da poter replicare, spostandola su un soggetto terzo, la capacità innovativa che si sarebbe potuta perdere attraverso la concentrazione.

L'approccio finora seguito dalla Commissione è stato confermato, peraltro, dalla Corte di giustizia che, nel caso relativo alla fusione – vietata dalla Commissione – tra la borsa di Francoforte e il gruppo mondiale di mercati borsistici NYSE Euronext, ha rigettato l'impugnazione delle ricorrenti rilevando che anche una riduzione dell'innovazione che non porti alla totale

¹⁴⁰ Commissione, *Dow / DuPont*, cit., § 1992.

¹⁴¹ Decisione della Commissione del 24 febbraio 2016, caso M.7278, *General Electric / Alstom (Thermal Power - Renewable Power & Grid Business)*.

¹⁴² Cfr. Commissione, *General Electric / Alstom*, cit., §§ 946 e 1389.

¹⁴³ Commissione, *General Electric / Alstom*, cit., § 1960.

eliminazione della medesima possa essere indicativa della determinazione di ostacoli a una concorrenza effettiva¹⁴⁴.

4.3. I possibili rimedi

Le considerazioni sin qui svolte mostrano due principali conseguenze della digitalizzazione sulla disciplina del controllo delle concentrazioni prevista a livello europeo.

In primo luogo, le “concentrazioni digitali” potrebbero sollevare problematiche di tipo sostanziale, sia con riferimento alla possibilità per la Commissione di sviluppare adeguate teorie del pregiudizio (tanto con riferimento a operazioni *data-driven*, quanto alle *killer acquisitions*) sia con riferimento alle soluzioni concrete che possono essere esperite. A tale riguardo la casistica analizzata sembrano confermare che l’art. 2 del regolamento (CE) 139/2004 e i relativi orientamenti della Commissione forniscono un’adeguata base legale per la formulazione di teorie del pregiudizio tanto con riferimento alle operazioni *data-driven* (che dovrebbero essere oggetto di scrutinio in relazione agli effetti di preclusione a livello di fattori di produzione), quanto alle acquisizioni di concorrenti nascenti e fortemente innovativi, come testimoniato invece dalla prassi europea nel settore farmaceutico e in materia di innovazione nell’industria pesante o nei mercati finanziari. Resta da valutare, tuttavia, l’efficacia di tali presupposti giuridici, in relazione all’economia digitale, specialmente in considerazione della “dinamicità” che caratterizza tali mercati, per i quali non è possibile limitarsi a una disamina degli effetti statici dell’operazione sullo scenario competitivo attuale (seppur con riferimento a *pipeline products*), dovendo estendere il proprio perimetro visuale anche agli

¹⁴⁴ Sentenza della Tribunale del 9 marzo 2015, causa T-175/12, *Deutsche Börse AG c. Commissione*, ECLI:EU:T:2015:148, spec. punti 173-177. Il ricorso era diretto ad annullare la decisione della Commissione europea del 1° febbraio 2012, caso M.6166, *Deutsche Börse / NYSE Euronext*, spec. §§ 604-640.

effetti a più lungo termine¹⁴⁵. Ciò, con riferimento non solo alla definizione dei mercati rilevanti¹⁴⁶, ma anche alla valutazione del posizionamento delle parti, ai rapporti di sostituibilità dei prodotti interessati dall'operazione, nonché all'esistenza e alla possibile evoluzione delle barriere all'ingresso e all'uscita. Esso, peraltro, potrebbe determinare un rischio di *over-enforcement* da parte della Commissione ed esporre la stessa a censure da parte di coloro che – come si è visto nel caso *Siemens / Alstom* – ritengono che un atteggiamento eccessivamente paternalistico da parte dell'UE rischi di danneggiare la competitività dell'economia europea. D'altra parte, una valutazione di questo tipo richiede una profonda consapevolezza sul funzionamento dei mercati dell'economia digitale: infatti, lo stesso concetto di «innovazione» che caratterizza la *platform economy* presenta significative differenze con i connotati tipici delle attività di ricerca e sviluppo (R&D) che caratterizzano il settore farmaceutico e finanche con quello dell'innovazione tecnologica applicata a settori “tradizionali” quali l'industria pesante o la finanza.

Un secondo problema riguarda, invece, le problematiche connesse alla capacità di rilevamento e di monitoraggio di tali tipologie di concentrazioni che, proprio con riferimento all'economia digitale (dove alla rilevanza concorrenziale di un'impresa non corrisponde necessariamente una dimensione economica così significativa) potrebbero essere sottratte dalla competenza della Commissione europea, in quanto al di sotto delle soglie di fatturato previste dalla normativa dell'UE.

¹⁴⁵ Cfr. OCSE, *Merger control in dynamic markets*, 2020; M. MOTTA, M. PEITZ, *Big tech mergers*, in *Inf. Econ. Policy*, vol. 54, 2021.

¹⁴⁶ Su cui si rinvia a quanto già rilevato *supra*, al § 3 del presente Capitolo.

4.3.1. L'ampliamento della competenza della Commissione mediante una revisione delle soglie di fatturato

L'analisi svolta nel Capitolo I ha dato evidenza di un perdurante dibattito in merito all'idoneità delle soglie di fatturato previste dall'art. 1, § 2, del regolamento sulle concentrazioni ai fini della delimitazione, dal punto di vista dimensionale, delle concentrazioni di dimensione "comunitaria". Si è visto, in particolare, come il legislatore si sia infine determinato nel senso di prevedere, quale criterio di attribuzione di competenza, il solo dato del fatturato delle imprese interessate dalla concentrazione, peraltro fissandolo a importi particolarmente elevati e operando un'ulteriore limatura di tale competenza per effetto della c.d. regola dei due terzi. Nondimeno, l'evidenza di acquisizioni di concorrenti nascenti o aggregatori di *big data* mette in crisi la premessa secondo cui solamente a fatturati particolarmente ingenti corrispondono criticità concorrenziali. In effetti, l'entità delle vendite da parte di una determinata impresa non riflette necessariamente il potenziale competitivo della medesima, la quale può non avere (ancora) reso profittevole dal punto di vista delle vendite, "a valle", di un prodotto o un servizio, al momento dell'acquisizione. Secondo il rapporto commissionato dalla stessa Commissione europea, infatti,

«many digital start-ups attempt to build a successful product and attract a large user-base without much regard for short term profits: they hope either to be acquired or to begin monetising their user base at a relatively late stage. For a period of time, the competitive potential of such start-ups will therefore not be reflected in their turnover»¹⁴⁷.

In questo senso, alcuni ordinamenti statali hanno provato a fornire una risposta al problema della rilevabilità di tali «*gap cases*» mediante l'inclusione includere, tra i criteri di allocazione delle competenze delle autorità garanti

¹⁴⁷ J. CRÉMER, Y. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era*, cit., p. 111.

della concorrenza nazionali, quello relativo al valore della transazione (ovverosia, il corrispettivo pagato da parte per l'acquisizione dell'impresa *target*). L'assunto dietro a tale considerazione è che un alto valore della transazione può essere indicativo di un'acquisizione di un'azienda altamente innovativa che sta crescendo rapidamente e che rischia di diventare presto una minaccia competitiva, anche se il suo volume di fatturato è, al momento dell'acquisizione, ancora contenuto.

A livello di UE, soglie di questo tipo sono state introdotte in Germania e Austria, dove sono ora soggette a notifica le concentrazioni che, oltre a coinvolgere imprese con fatturati meno rilevanti rispetto a quanto indicato nelle soglie preesistenti¹⁴⁸, prevedono corrispettivi superiori a, rispettivamente, 400 milioni e 200 milioni di euro¹⁴⁹. L'introduzione di tali previsioni ha comportato,

¹⁴⁸ Nel giugno 2017 è stato infatti aggiunto l'art. 35(1a) della legge antitrust tedesca (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*– GWB) con cui è stata aggiunto un secondo set di soglie (residuale rispetto al primo set di soglie di fatturato), superate le quali le concentrazioni devono essere notificate al Bundeskartellamt. In particolare, tale set di soglie trova applicazione allorché: (i) il fatturato tedesco di almeno un'impresa interessata è superiore a 50 milioni di euro; (ii) il fatturato globale aggregato delle imprese interessate è superiore a 500 milioni di euro; (iii) il corrispettivo dell'acquisizione supera i 400 milioni di euro; e (iv) l'impresa acquisita ha una presenza significativa in Germania. In Austria, invece, la riforma ha interessato l'art. 9 della *Kartellgesetz* (KartG), dove è ora previsto un secondo set di soglie, alternativo al primo basato sul fatturato, in virtù del quale una concentrazione deve essere oggetto di notifica laddove: (i) il fatturato aggregato delle imprese interessate in Austria è superiore a 15 milioni di euro; (ii) il fatturato globale aggregato delle imprese interessate è superiore a 300 milioni di euro; (iii) il corrispettivo dell'acquisizione supera i 200 milioni di euro; e (iv) l'impresa acquisita ha una presenza significativa in Austria. Per un commento di più ampio respiro delle misure adottate in Germania e Austria, cfr. J. SCHOLL, *Why the New Merger Control Thresholds in Germany?*, in *JECLAP*, vol. 8, n. 4, 2017; cfr. M. HOLMSTRÖM, J. PADILLA, R. STITZING, P. SÄÄSKILAHTI, *Killer Acquisitions? The Debate on Merger Control for Digital Markets*, in *Yearbook of the Finnish Competition Law Association*, 2018; O. BUDZINSKI, A. STÖHR, *Competition policy reform in Europe and Germany – institutional change in the light of digitization*, in *Eur. Comp. J.*, vol. 15, n. 1, 2019.

¹⁴⁹ Si vedano, al riguardo, le linee guida approvate congiuntamente dalle AGN di Germania e Austria che, tra le altre cose, specificano che i fattori per valutare il criterio della significatività della presenza delle imprese nel territorio nazionale può operare differentemente a seconda delle industrie di riferimento. Ad esempio, per il settore digitale, sono indicati come possibili criteri di individuazione di tale *local nexus* il numero di utenti attivi mensilmente, le frequenze di accesso da parte di visitatori unici sui siti web, il numero di utenti attivi giornalieri, l'ubicazione degli utenti numero di

in tali Stati membri, un aumento nel numero delle notifiche e, pertanto, del volume di decisioni adottate dalle rispettive AGN.

Tuttavia, come osservato anche dalla Commissione a seguito di un “periodo di osservazione” di tali nuovi regimi nazionali, le concentrazioni che sono state sottoposte al Bundeskartellamt e al BWB ai sensi della nuova normativa non sono state particolarmente numerose né sembrano essere riconducibili alle fattispecie di concentrazioni digitali descritte nei paragrafi precedenti. In particolare, nei primi tre anni di applicazione della disciplina, in Germania e Austria sono state notificate, rispettivamente, 28 e 53 concentrazioni (di cui, rispettivamente, 4 e 5 interessanti operatori digitali), tutte approvate senza condizioni da parte delle due AGN senza che nessuna fosse oggetto di un’istruttoria più approfondita (c.d. Fase II). Sulla base di tale valutazione, la Commissione ha ritenuto che l’introduzione di una nuova soglia europea che faccia riferimento al corrispettivo pagato l’operazione non fosse necessario¹⁵⁰. Nondimeno, l’analisi dell’esperienza tedesca e austriaca non può non tenere conto della circostanza che la “nuova” soglia di fatturato opera cumulativamente con altre soglie di fatturato previste dalle normative nazionali, le quali richiedono comunque una presenza significativa nazionale (segnatamente, 50 milioni di euro da parte di un’impresa interessata in Germania e 15 milioni da parte dell’insieme delle imprese interessate in Austria) che potrebbe aver escluso *ex se* la notificabilità di acquisizioni o fusioni potenzialmente critiche. A ben vedere, è inevitabile che la scelta in merito alla

utenti e l’eventuale localizzazione nel territorio nazionale di attività di ricerca e sviluppo. Cfr. BUNDESKARTELLAMT, BUNDESWETTBEWERBSBEHÖRDE, *Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification (Section 35 (1a) GWB and Section 9 (4) KartG)*, luglio 2018, sul quale cfr. C. KERSTING, R. PODSZUN, H. MEYER-LINDEMANN, *Statement of the Institute for Competition Law on the Draft “Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-Merger Notification (Section 35 (1a) GWB and Section 9 (4) KartG)” of the German Federal Cartel Office and the Austrian Federal Competition Authority of 14.5.2018*, Institut für Kartellrecht Statement, 11 giugno 2018.

¹⁵⁰ Cfr. Commissione, SWD(2021), cit., § 125.

revisione delle soglie di fatturato previste dal regolamento sulle concentrazioni implichi un bilanciamento tra, da un lato, il rischio che alla competenza europea siano sottoposte concentrazioni non problematiche o dai limitati profili europei¹⁵¹, con un aggravio dei costi e del carico di lavoro dell'istituzione e, dall'altro, la necessità di assicurare che operazioni potenzialmente critiche non sfuggano al proprio scrutinio.

D'altra parte, ad avviso di chi scrive non pare del tutto condivisibile la proposta di assoggettare *ex ante* solo alcune imprese a obblighi di formale notifica in merito alle concentrazioni cui esse prendono parte¹⁵², così spostando l'attenzione dalle caratteristiche dell'operazione a quelle del soggetto acquirente. Un tale obbligo, oltre a comportare evidenti difficoltà nell'individuare oggettivamente le imprese soggette a tale forma preventiva di notifica, determinerebbe un aggravio eccessivo in capo a tali imprese e, in ultima istanza, potrebbe avere l'effetto di irrigidire eccessivamente lo scenario competitivo dell'economia digitale europea che, come si è visto, può anche trarre giovamento da concentrazioni, specialmente conglomerali o verticali, che determinino efficienze anche sul fronte dell'innovazione.

Né sembra condivisibile, in ragione dell'eccessiva discrezionalità che tale misura implica, la proposta di attribuire alla Commissione un potere discrezionale di richiedere a taluni soggetti di notificare concentrazioni che non

¹⁵¹ In tal senso, l'adozione di una soglia basata sul corrispettivo a livello europeo dovrebbe prevedere (così come è stato fatto in Germania e Austria) una clausola di salvaguardia che renda notificabili solamente le concentrazioni che abbiano un legame (*local nexus*) con l'ordinamento europeo, nel senso della potenzialità di determinare effetti sul mercato unico.

¹⁵² Si vedano, ad esempio, J.-U. FRANCK, G. MONTI & A. DE STREEL, *Article 114 TFEU as a Legal Basis for Strengthened Control of Acquisitions*, cit., spec. pp. 22 ss; J. FURMAN, D. COYLE, A. FLETCHER, D. MCAULEY AND P. MARSDEN, *Unlocking digital competition*, cit., che suggeriva al governo britannico richiedere alle «*digital companies that have been designated with a strategic market status [...] to make the CMA aware of all intended acquisitions*».

superano le soglie previste dalla normativa di diritto derivato¹⁵³. Tale prospettiva, invero, non sembra così remota, e potrebbe essere oggetto di considerazione nell'ipotesi dell'approvazione della proposta di *Digital Markets Act* che, all'art. 12, prevede già un'informativa in tal senso in capo ai c.d. *gatekeeper*¹⁵⁴.

4.3.2. Il *revirement* nell'applicazione dell'art. 22 del regolamento (CE) 139/2004 e i casi *Meta / Kustomer e Illumina / Grail*: cattivi presagi?

Esclusa la percorribilità, almeno per il momento, di una riforma delle soglie di fatturato che ne determinano la competenza, la Commissione ha ravvisato una soluzione alla questione della rilevabilità delle concentrazioni digitali più problematiche in un mutamento della propria posizione in merito al meccanismo di rinvio di cui all'art. 22 del regolamento (CE) 139/2004.

Si è visto¹⁵⁵, al riguardo, che la disciplina di diritto derivato in materia di controllo delle concentrazioni prevede un articolato regime di rinvii, mediante ai quali l'ordinamento europeo ha disposto dei correttivi al riparto di competenze tra UE e Stati membri. Tra questi, l'art. 22 prevede che:

«uno o più Stati membri possono chiedere alla Commissione di esaminare qualsiasi concentrazione, secondo la definizione

¹⁵³ In tal senso, per l'Italia, si veda il D.D.L. n. 2469/2021, con cui è stata proposta l'attribuzione all'AGCM di un potere di richiedere alle imprese interessate di notificare entro trenta giorni un'operazione di concentrazione anche nel caso in cui sia superata una sola delle due soglie di fatturato di cui al comma 1, ovvero nel caso in cui il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate sia superiore a 5 miliardi di euro, qualora «sussistano concreti rischi per la concorrenza nel mercato nazionale, o in una sua parte rilevante, tenuto anche conto degli effetti pregiudizievoli per lo sviluppo e la diffusione di imprese di piccole dimensioni caratterizzate da strategie innovative, e non siano trascorsi oltre sei mesi dal perfezionamento dell'operazione».

¹⁵⁴ Ai sensi di tale norma, il *gatekeeper* è infatti tenuto a informare preventivamente la Commissione «di qualsiasi progetto di concentrazione ai sensi dell'articolo 3 del regolamento (CE) n. 139/2004 che coinvolge un altro fornitore di servizi di piattaforma di base o di qualsiasi altro servizio fornito nel settore digitale, a prescindere dal fatto che sia notificabile a un'autorità dell'Unione garante della concorrenza a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 o a un'autorità nazionale della concorrenza competente a norma delle norme nazionali sulle concentrazioni».

¹⁵⁵ Cfr., in proposito, il § 3.3 del Capitolo I.

dell'articolo 3, che non ha dimensione comunitaria ai sensi dell'articolo 1 ma incide sul commercio fra Stati membri e rischia di incidere in misura significativa sulla concorrenza nel territorio dello Stato o degli Stati membri che presentano la richiesta».

Una volta presentata la richiesta da parte dello Stato membro (o di più Stati congiuntamente¹⁵⁶), la Commissione è competente a decidervi, sebbene la concentrazione non superi le soglie previste dal regolamento (CEE) 139/2004.

Tale fattispecie è stata finora utilizzata in poche occasioni¹⁵⁷, anche in ragione dell'approccio seguito dalla Commissione che, a partire dall'adozione della propria comunicazione del 2005, ha ulteriormente limitato la prospettiva sia dal punto di vista sostanziale che in relazione ai presupposti formali di applicabilità della medesima. Sul primo profilo, la Commissione ha circoscritto l'utilizzo di tale meccanismo di riallocazione della competenza in materia di controllo delle concentrazioni ai soli casi forieri di «gravi problemi di concorrenza» riconducibili: (i) a mercati dall'ambito geografico sovranazionale, ovvero nei quali alcuni dei mercati potenzialmente interessati «hanno dimensioni più che nazionali»; ovvero (ii) a mercati nazionali o sub-nazionali situati tuttavia in una molteplicità di Stati membri, laddove si fosse reso

¹⁵⁶ A tale fine, le autorità garanti nazionali, riunite nell'organizzazione *European Competition Authorities* (ECA), hanno adottato alcuni principi informali e non vincolanti volti proprio ad assicurare un più efficace coordinamento tra le medesime, con la previsione di obblighi informativi reciproci, specifiche previsioni procedurali e anche sostanziali in merito ai fattori che possono condizionare la valutazione delle autorità ai fini dell'impiego della procedura di rinvio (cfr. ECA, *Principles on the application, by National Competition Authorities within the ECA, of Articles 4 (5) and 22 of the EC Merger Regulation*, gennaio 2005). Come riportano N. LEVY, C. COOK, *European merger control law*, cit., § 7-04[2][b], i rinvii ex art. 22 effettuati da più Stati membri congiuntamente hanno, nella maggior parte dei casi, portato la Commissione ad avviare istruttorie approfondite in "Fase II" e, in almeno due occasioni, le parti vi hanno rinunciato: si vedano le comunicazioni di abbandono delle concentrazioni relative ai casi M.4498, *HgCapital / Denton* (comunicato stampa della Commissione del 14 giugno 2007, *HgCapital abandons proposed acquisition of Denton and withdraws notification*, IP/07/839) e 5969, *SC Johnson / Sara Lee* (G.U.U.E. C 168/18 dell'8 giugno 2011).

¹⁵⁷ Allo stato risultano circa 40 decisioni adottate dalla Commissione ai sensi dell'art. 22 del regolamento (CE) 139/2004. Cfr. lo studio, sebbene non recentissimo, di G. DE STEFANO; R. MOTTA, S. ZUEHLKE, *Merger Referrals in Practice-Analysis of the Cases under Article 22 of the Merger Regulation*, in *JECLAP*, vol. 2, n. 6, 2011.

auspicabile un trattamento coerente in punto di misure correttive e modalità di indagine¹⁵⁸. Con riferimento al secondo profilo, superata una prima fase in cui tale strumento era finalizzato a rimediare all'assenza di normative statali di controllo delle concentrazioni¹⁵⁹, la Commissione ha stabilmente scoraggiato l'impiego del rinvio *ex art. 22* a casi che non rientrassero nella competenza delle autorità garanti nazionali. Come osservato dalla stessa Commissaria alla Concorrenza:

«the Commission has had a practice of discouraging national authorities from referring cases to us which they didn't have the power to review themselves. [...] And yet today, when a company's importance for competition isn't always reflected in its turnover, it could have exactly that effect – meaning that some important mergers can't be reviewed by the Commission, or by national authorities»¹⁶⁰

Al di là delle esigenze di colmare le lacune normative statali dei primi anni di vigenza della disciplina, un approccio di questo tipo sembra, in effetti, assicurare un meccanismo di allocazione delle competenze maggiormente

¹⁵⁸ Comunicazione della Commissione sul rinvio, cit., § 45. A tale riguardo, la Corte di giustizia (con sentenza del Tribunale del 28 aprile 1999, causa T-221/95, *Endemol Entertainment Holding BV c. Commissione*, ECLI:EU:T:1999:85, spec. punto 40, ha rilevato che la delimitazione territoriale dello strumento del rinvio non implica che l'esame della Commissione debba essere limitato solo ad un aspetto specifico di una concentrazione, bensì comporta «un esame della concentrazione *in toto*», con la conseguenza che la Commissione dovrebbe esaminare la concentrazione come se fosse di dimensione «comunitaria».

¹⁵⁹ Si consideri che l'art. 22 è nota come «clausola olandese» in quanto fu introdotta per volere dei Paesi Bassi che al tempo non disponevano di una normativa in materia di controllo delle concentrazioni. A tale riguardo, va osservato che, alla data odierna, il Lussemburgo ancora non contempla una normativa di controllo delle concentrazioni, anche se nel febbraio 2022 il Ministero dell'Economia lussemburghese ha lanciato una pubblica consultazione riguardante, proprio, «*l'introduction d'un régime de contrôle des concentrations entre entreprises en droit national*» (il testo della consultazione è accessibile al link <https://www.cc.lu/>).

¹⁶⁰ Discorso di Margrethe Vestager all'International Bar Association 24th Annual Competition Conference, *The future of EU merger control*, 11 settembre 2020. Anche la comunicazione sul rinvio del 2005, al § 4, fa riferimento alle «operazioni che non raggiungono le soglie di cui all'articolo 1 del regolamento sulle concentrazioni e che devono essere notificate alle autorità di più Stati membri della Comunità».

rispettoso del principio di proporzionalità, oltre che più conforme alle *best practice* internazionali in materia di *local nexus*¹⁶¹.

In ogni caso, anche attraverso un utilizzo così delimitato, tale strumento ha consentito alla Commissione di acquisire la competenza a decidere in merito a numerose operazioni di grande rilievo nell'ambito del mercato interno e, tra queste, ve ne sono alcune di quelle relative al settore digitale e all'industria farmaceutica che, come si è visto prima, costituiscono il contesto tipico nel quale acquisizioni di concorrenti potenziali o nascenti hanno luogo. Alcuni dei casi con cui la Commissione ha definito il proprio approccio in tali mercati sono stati oggetto di rinvio alla Commissione (ai sensi dell'art. 4, § 5, o 22 del regolamento), a partire dalle concentrazioni *Facebook / WhatsApp*, *Google / DoubleClick* e *Apple / Shazam*, di cui si è parlato in precedenza¹⁶².

L'incidenza percentuale delle concentrazioni meritevoli di istruttoria approfondita tra quelle oggetto di rinvio alla Commissione è, inevitabilmente, più elevato rispetto a quella calcolata in relazione al totale delle notifiche effettuate direttamente alla Commissione. Il successo, almeno sul piano qualitativo, di tale strumento ha portato quindi la Commissione a proporre un *revirement* in merito alla propria prassi applicativa, nell'ambito di una comunicazione pubblicata nel marzo 2021, recante nuovi orientamenti sull'art. 22, i quali prevedono molto chiaramente che «l'articolo 22 è applicabile a tutte le concentrazioni e non solo a quelle che soddisfano i criteri di competenza relativi agli Stati membri che chiedono il rinvio»¹⁶³. Gli orientamenti sull'art. 22

¹⁶¹ Cfr. OCSE, *Local nexus and jurisdictional thresholds in merger control*, WP3(2016)4, 14-15 giugno 2016; ICN, *Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures*, cit., punto II.A, secondo cui «*jurisdiction should be asserted only over transactions that have a material nexus to the reviewing jurisdiction*».

¹⁶² A queste si aggiungono altri casi, relative a mercati ad alto tasso di innovazione tecnologica: cfr., ad esempio, le decisioni della Commissione del 19 dicembre 2019, caso M.9424, *Nvidia / Mellanox*; del 19 ottobre 2018, caso M.8994, *Microsoft / GitHub*; del 14 maggio 2008, *TomTom / Tele Atlas*; e del 2 luglio 2008, caso M.4942, *Nokia / Navteq*. Per una panoramica, cfr. Commissione, SWD(2021) 66, cit., spec. §§ 116 ss.

¹⁶³ Orientamenti della Commissione sull'applicazione del meccanismo di rinvio di

chiariscono, poi, che rimane la necessità per le autorità degli Stati membri di appurare, ai fini del rinvio, che la concentrazione incida sugli scambi tra gli Stati membri¹⁶⁴ e, in particolare, presenti il rischio di incidere in misura significativa sulla concorrenza nel territorio dello Stato o degli Stati membri che presentano la richiesta. Nell'elencare i fattori che lo Stato può considerare nell'effettuare tale valutazione, la Commissione riporta alcune «categorie di casi che di norma si prestano ad essere oggetto di un rinvio» in caso di operazioni sotto soglia negli Stati membri nazionali, individuandoli in casi in cui l'impresa oggetto di acquisizione:

«1) è una start-up o un nuovo operatore con un significativo potenziale competitivo che deve ancora sviluppare o attuare un modello aziendale che generi entrate significative (o è ancora nella fase iniziale di attuazione di tale modello aziendale); 2) è un'impresa fortemente innovatrice o sta conducendo ricerche potenzialmente importanti; 3) è una forza concorrenziale effettiva o potenziale significativa ; 4) ha accesso ad attivi significativi sotto il profilo della concorrenza (come materie prime, infrastrutture, dati o diritti di proprietà intellettuale); e/o fornisce prodotti o servizi che sono fattori/componenti chiave per altre industrie»¹⁶⁵.

È altresì specificato che, nell'effettuare la propria valutazione in merito all'ammissibilità di un rinvio *ex art. 22* la Commissione possa esaminare se il valore del corrispettivo pagato dal venditore sia particolarmente elevato rispetto al fatturato attuale dell'obiettivo. Inoltre, gli orientamenti specificano che la richiesta di rinvio può anche essere stimolata dalla Commissione laddove questa ne venga a conoscenza (anche a seguito di una segnalazione di un

cui all'articolo 22 del regolamento sulle concentrazioni per determinate categorie di casi (G.U.U.E. C 113 del 31 marzo 2021).

¹⁶⁴ Rispetto a tale nozione, si veda tra gli altri la comunicazione della Commissione del 27 aprile 2004, la nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (G.U.U.E. C 101 del 27 aprile 2004).

¹⁶⁵ Commissione, orientamenti sull'art. 22, cit., § 19.

soggetto terzo, espressamente contemplata dagli orientamenti), invitando in tal caso lo Stato a presentare una richiesta di rinvio.

La scelta della Commissione è stata pertanto quella di intervenire mediante un atto di *soft law* rettificando il proprio recente orientamento e incoraggiare esplicitamente gli Stati membri a fare uso dell'art. 22 ogniqualvolta questi vengano a conoscenza di operazioni che, anche se non rientranti nella propria competenza, possano essere di interesse per la Commissione europea. Forte dell'esperienza recente, che – come già ricordato – aveva visto sottoporre a rinvii casi di grande risonanza, la Commissione europea ha così adottato una soluzione che, non richiedendo una modifica delle norme di diritto derivato attualmente in vigore e imperniandosi su una prospettiva di rafforzata e leale cooperazione con le autorità degli Stati membri, sembra invero poggiare su fondamenta fragili¹⁶⁶.

Essa, infatti, si limita ad assumere una cooperazione da parte degli Stati membri nel monitoraggio, prima, e nel rinvio, dopo, di operazioni suscettibili di essere ricondotte alla fattispecie dell'art. 22¹⁶⁷. Detta cooperazione – oltre a implicare un'allocatione di costi e risorse che gli Stati potrebbero non volere, o potere, destinare a tali attività – non appare, invero, così scontata, specialmente nell'ipotesi in cui oggetto di scrutinio non siano, come avvenuto con maggior frequenza fino ad oggi, società extra-europee, bensì piattaforme o altri operatori digitali con sede nell'UE. In tale caso, le descritte reazioni degli Stati membri al caso *Siemens / Alstom* sembrano presagire una cooperazione con la

¹⁶⁶ Cfr. C. TURGOT, *Killer Acquisitions in Digital Markets*, cit.; N. LEVY, A. RIMSA, B. BUZATU, *The European Commission's New Merger Referral Policy*, in *CoRe*, vol. 5, n. 4, 2021; K. APEL, R. POLLEY, *Gap cases in der formellen Fusionskontrolle der FKVO?*, in *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, vol. 19, n. 3, 2021.

¹⁶⁷ A tale riguardo, cfr. D. DANIELI, *Il controllo delle concentrazioni nel settore digitale*, cit., che rileva la necessità che tutte le altre autorità garanti degli Stati membri aderiscano alla richiesta di rinvio per attribuire alla Commissione che «acquisisce competenza giurisdizionale soltanto con riferimento ai territori degli Stati membri coinvolti nel rinvio».

Commissione europea che potrebbe essere meno intensa di quanto la stessa sembra auspicarsi con la pubblicazione degli orientamenti sull'art. 22. In questo senso, riserve in merito alla possibilità di rinviare di concentrazioni al di sotto delle soglie nazionali sono già state sollevate dalle autorità garanti della concorrenza di Spagna, Austria, Slovenia, Irlanda, Lituania e Lettonia proprio con riferimento all'assenza di una base legale per svolgere un esame su tali concentrazioni, mentre l'Ungheria ha fatto riferimento a esigenze di certezza del diritto¹⁶⁸. In effetti, il *revirement* annunciato dalla Commissione potrebbe porsi in contrasto con il principio della certezza del diritto che, per costante giurisprudenza della Corte di giustizia, è parte dei principi generali del diritto dell'UE e richiede che gli effetti delle norme giuridiche siano chiari, precisi e prevedibili, in particolare quando possono avere conseguenze negative per gli individui e le imprese, in modo che coloro che sono soggetti alla legge possano conoscere i loro diritti e obblighi senza ambiguità e agire di conseguenza¹⁶⁹. Non sembra, peraltro, che una siffatta compressione di tale principio possa essere bilanciato sulla base delle esigenze di *enforcement* della Commissione: se è vero che la "clausola olandese" fu inizialmente pensata come soluzione per la tutela della concorrenza rispetto a Stati membri che non avevano in essere normative di *merger control*, oggi un tale giustificazione non è più predicabile.

Dal punto di vista applicativo, il "cambio di rotta" della Commissione ha portato all'immediata emersione di tensioni due casi destinati ad avere grande risonanza.

¹⁶⁸ Cfr. Mlex, *Illumina-Grail deal reveals rift between EU competition authorities over M&A powers*, 20 aprile 2021, dove si osserva che, d'altra parte, un supporto all'interpretazione della Commissione è stato fornito dalle autorità di Francia, Paesi Bassi, Belgio, Grecia e Lussemburgo.

¹⁶⁹ *Ex multis*, cfr. le sentenze della Corte di giustizia del 28 marzo 2017, causa C-72/15, *PJSC Rosneft Oil Company c. Her Majesty's Treasury e a.*, ECLI:EU:C:2017:236; del 25 gennaio 2022, causa C-181/20, *Vysočina Wind a.s. c. Česká republika*, ECLI:EU:C:2022:51; nonché le conclusioni dell'avvocato generale Wahl del 15 ottobre 2015, causa C-268/14 P, *Italmobiliare S.p.A. c. Commissione*, ECLI:EU:C:2015:697 e del 18 gennaio 2018, causa C-633/16, *Ernst & Young P/S c. Konkurrenserådet*, ECLI:EU:C:2018:23.

Uno riguarda l'acquisizione, da parte di Meta (già Facebook), di Kustomer, un operatore di piccole dimensioni ma fortemente innovativo nello sviluppo di *software-as-a-service* per la gestione delle relazioni con i clienti e di assistenza (CRM). L'operazione è stata oggetto di un'istruttoria in "Fase II", dovuta a paventati rischi di *foreclosure* legati alla circostanza che i servizi di CRM fanno uso dei canali di messaggistica di Meta (*i.e.*, WhatsApp, Instagram, Facebook Messenger) per consentire una migliore interazione tra le imprese e i propri clienti¹⁷⁰. La concentrazione è stata infine autorizzata nel gennaio 2022 e, sebbene il testo della relativa decisione non sia ancora stato pubblicato, è interessante notare – anche in relazione a quanto si è osservato in precedenza rispetto alle concentrazioni *data-driven* – che le misure imposte dalla Commissione hanno natura comportamentale¹⁷¹. Il caso *Meta / Kustomer* ha già mostrato, tuttavia, come l'auspicata cooperazione degli Stati membri nel rinvio dei casi alla Commissione non possa ritenersi scontata. Infatti, a seguito del rinvio *ex art. 22* dell'Austria, a cui hanno poi aderito altre AGN europee¹⁷², e dell'accettazione del medesimo da parte della Commissione¹⁷³, il

¹⁷⁰ Si veda il comunicato stampa della Commissione europea del 2 agosto 2021, *Mergers: Commission opens in-depth investigation into proposed acquisition of Kustomer by Facebook*, IP/21/4021, dove la Commissione nota che l'indagine preliminare avesse suggerito che Meta potesse avere un incentivo a precludere l'accesso alle funzionalità B2C dei propri servizi di messaggistica ai concorrenti di Kustomer nel mercato a valle relativo ai *software* CRM. Inoltre, la Commissione ha rilevato un rischio che Meta, attraverso tale acquisizione e l'accesso alle informazioni acquisite da Kustomer tramite i propri *software*, potesse assumere un vantaggio competitivo rispetto ai propri concorrenti nel mercato della pubblicità *online*.

¹⁷¹ Nello specifico, Meta si è impegnata a (i) garantire un accesso gratuito e non discriminatorio ai fornitori di *software* CRM alle interfacce API dei propri programmi di messaggistica, e (ii) rendere disponibili a tali fornitori miglioramenti applicati ai propri servizi API a cui ha accesso Kustomer. Cfr. il comunicato stampa della Commissione europea del 27 gennaio 2022, *Mergers: Commission clears acquisition of Kustomer by Meta (formerly Facebook), subject to conditions*, IP/22/652.

¹⁷² Segnatamente: Belgio, Bulgaria, Francia, Islanda, Italia, Irlanda, Paesi Bassi, Portogallo e Romania. Si noti che l'operazione era stata notificata solo in Austria.

¹⁷³ Cfr. il comunicato stampa della Commissione del 12 maggio 2021, *Mergers: Commission to assess proposed acquisition of Kustomer by Facebook*, MEX/21/2464, dove si riporta la convinzione della Commissione di trovarsi nella posizione migliore per

Bundeskartellamt si è espressamente rifiutato di aderire al rinvio affermando che la prassi nazionale lo impedisce laddove le soglie nazionali non siano superate¹⁷⁴, salvo poi riconoscere che, in effetti, le soglie erano superate e di conseguenza decidere il caso parallelamente¹⁷⁵ (con un rischio, seppure astratto, dell'adozione di una decisione confligente con quella della Commissione).

Il secondo caso è relativo all'acquisizione, da parte del gruppo statunitense Illumina, attivo nella produzione e vendita di sistemi per il sequenziamento genetico, della *start-up* Grail, società attiva nello sviluppo di un dispositivo per la diagnosi precoce dei tumori. La vicenda può essere brevemente riassunta come segue. L'operazione di acquisizione, sottoscritta nel settembre 2020 per un corrispettivo di 7,1 miliardi di dollari, non era risultata soggetta a notifica in alcun paese membro dell'UE, né alla Commissione o in altre giurisdizioni globali (in ragione del fatto che, al momento dell'acquisizione, Grail non aveva ancora realizzato alcun fatturato). Il 9 marzo 2021, pochi giorni prima della pubblicazione dei nuovi orientamenti sull'art. 22, l'Autorité de la Concurrence francese aveva chiesto che la Commissione esaminasse la concentrazione, sulla base dell'art. 22, § 1, del regolamento (CE) 139/2004. Il giorno successivo la Commissione notificava tale richiesta alle altre autorità garanti dell'UE e dello SEE e ne informava le parti, ricordando loro l'obbligo di *stand-still* di cui agli artt. 7 e 22, § 4, del regolamento. Il 19 aprile 2021, la Commissione accoglieva la richiesta di rinvio e le relative adesioni nel frattempo effettuate dalle autorità di Grecia, Islanda, Belgio, Norvegia e Paesi Bassi. Illumina e Grail contestavano così le decisioni delle autorità francese e olandese dinnanzi ai relativi tribunali nazionali, lamentando sia profili

valutare gli effetti transnazionali dell'operazione.

¹⁷⁴ Cfr. il comunicato stampa del Bundeskartellamt del 23 luglio 2021, *Bundeskartellamt examines whether Facebook / Kustomer merger is subject to notification*.

¹⁷⁵ Si veda la decisione del Bundeskartellamt del 12 dicembre 2021, caso B6-37/21, *Meta / Kustomer*.

processuali¹⁷⁶ sia sostanziali, questi ultimi riconducibili all'impossibilità di sollevare un rinvio non essendo superate le soglie nazionali e all'erronea valutazione sulla potenzialità lesiva della concorrenza dell'operazione. A fronte del rigetto di tali domande¹⁷⁷, le parti procedevano comunque a perfezionare l'operazione, determinando così la Commissione ad avviare una procedura sanzionatoria per la violazione dell'obbligo di *stand-still*¹⁷⁸ e, parallelamente, a imporre misure cautelari¹⁷⁹. A complicare ulteriormente il caso, nelle more dell'istruttoria in Fase II che la Commissione ha nel frattempo aperto nei confronti della concentrazione¹⁸⁰, Illumina ha adito la Corte di giustizia chiedendo, da un lato, l'annullamento *ex art. 263 TFUE* della decisione con cui la Commissione ha accettato il rinvio dello Stato francese, a suo dire viziata¹⁸¹

¹⁷⁶ Segnatamente, la violazione del termine di quindici giorni previsto dall'art. 22 per la presentazione della richiesta di rinvio (decorrente «dalla data in cui la concentrazione è stata notificata o, se non è prescritta la notificazione, resa nota in altro modo allo Stato membro interessato») e la mancata consultazione delle parti.

¹⁷⁷ Cfr. la sentenza del Conseil d'État del 1° aprile 2021, n. 450878, *Illumina-Grail c. Autorité de la concurrence* ECLI:FR:CEORD:2021:450878.20210401.

¹⁷⁸ Commissione, caso M.10483, *Illumina / Grail (Art. 14 procedure)*.

¹⁷⁹ Tali misure includono, *inter alia*, l'obbligo di mantenere separate, a livello societario, Illumina e Grail, mediante l'affidamento della gestione di quest'ultima a un *trustee*, il divieto per le parti di condividere informazioni commerciali riservate, nonché, d'altra parte, l'obbligo per Illumina di fornire a Grail i fondi necessari per il suo funzionamento e sviluppo. Cfr. il comunicato della Commissione europea del 29 ottobre 2021, *Mergers: Commission adopts interim measures to prevent harm to competition following Illumina's early acquisition of GRAIL*, IP/21/5661, relativo al caso M.10493, *Illumina / Grail (Art. 8(5) procedure)*.

¹⁸⁰ Cfr. il comunicato del 22 luglio 2021, *Mergers: Commission opens in-depth investigation into proposed acquisition of GRAIL by Illumina*, IP/21/3844.

¹⁸¹ Secondo la ricorrente, in particolare, la decisione della Commissione sarebbe viziata in quanto: (i) la concentrazione esulerebbe dalla competenza della Commissione, la quale avrebbe interpretato erroneamente il dettato dell'art. 22, in violazione dei principi di sussidiarietà, della certezza del diritto e di proporzionalità; (ii) la richiesta di rinvio presentata dell'Autorité de la Concurrence sarebbe stata tardiva; (iii) il cambio di politica nella decisione della Commissione di esaminare la concentrazione pregiudicherebbe il legittimo affidamento di Illumina e la certezza del diritto, atteso che «a Commissione «avrebbe perseguito la sua nuova politica prima di pubblicare i nuovi orientamenti sull'articolo 22, così pregiudicando il legittimo affidamento di Illumina e la certezza del diritto»; e (iv) la Commissione avrebbe errato nel constatare un'incidenza sugli scambi tra gli Stati membri e il rischio di un impatto sulla concorrenza.

(causa T-227/21) e, dall'altro, l'annullamento della decisione con cui la Commissione aveva accertato la violazione dell'obbligo di *stand-still* (causa T-755/21).

Pur nell'attesa della pronuncia della Corte di giustizia in merito alle questioni sollevate da Illumina, sembra potersi rilevare sin d'ora che l'art. 22 del regolamento (CE) 139/2004, anche alla luce del *revirement* della Commissione, non sembra garantire una risposta del tutto efficace alle problematiche esposte nel presente capitolo, sia per un rischio di mancata *compliance* da parte degli Stati membri e delle relative autorità nazionali, come avvenuto in Germania nel caso *Meta / Kustomer* (con un rischio di pregiudizio del principio dello sportello unico e di giudicati confliggenti all'interno della stessa UE), sia per la possibilità di un esponenziale aumento del contenzioso in merito alla violazione di principi fondamentali dell'ordinamento europeo, quali la certezza del diritto, il legittimo affidamento e il diritto a una buona amministrazione¹⁸².

5. Considerazioni conclusive sui rischi e sulle prospettive di riforma della disciplina in relazione alla digitalizzazione

La digitalizzazione ha avuto un impatto sugli scambi e sull'economia globale che è, oggi, ancora difficile da misurare. Il crescente rilievo dei dati e l'emersione di nuovi mercati con caratteristiche del tutto peculiari (tra cui, come ricordato, una struttura a più "versanti", gli spiccati effetti di rete e le economie di scala talvolta estreme, che li caratterizzano come mercati in cui «*the winner*

¹⁸² In senso critico, cfr. J.-U. FRANCK, G. MONTI & A. DE STREEL, *Article 114 TFEU as a Legal Basis for Strengthened Control of Acquisitions*, cit., spec. p. 5; perplessità sono state sollevate anche da D. DANIELI, *Il controllo delle concentrazioni nel settore digitale*, cit., la quale osserva tuttavia che «la Commissione abbia scelto l'opzione forse meno rischiosa, ma senz'altro coerente con i propri precedenti, quanto ai metodi di intervento».

takes all») hanno portato alcuni attori economici a consolidare potere di mercato con una rapidità e un'efficienza che non hanno eguali.

L'espansione di vere e proprie *data-opolies* è avvenuta non solo attraverso lo sviluppo di nuove tecnologie e il lancio di prodotti o servizio ad alta innovatività, ma anche attraverso la realizzazione di iniziative di natura concentrativa che, secondo alcuni, avrebbero potuto essere oggetto di uno scrutinio più attento e capillare dal punto di vista della tutela della concorrenza. In proposito, nel presente Capitolo sono stati trattati due fenomeni che interessano la materia delle concentrazioni (segnatamente, le operazioni finalizzate all'acquisizione di *big data* e le acquisizioni di concorrenti nascenti o potenziali), che rischiano di minare l'efficacia del sistema normativo di diritto europeo della concorrenza.

Nello specifico, si è visto che questi fenomeni portano con sé due questioni fondamentali: da un lato, l'efficacia del sistema normativo attualmente in vigore con riferimento ai parametri di valutazione di tali operazioni e agli strumenti a disposizione della Commissione per far fronte ad eventuale criticità; dall'altro, l'idoneità dei criteri di allocazione della competenza della Commissione europea a fronte di dimostrati rischi di mancata *detection* di tali operazioni.

L'analisi svolta nel presente Capitolo ha mostrato che, rispetto alla prima questione, la normativa e gli atti di *soft law* che rappresentano il fondamento legale su cui la Commissione impernia la propria prassi decisionale¹⁸³ hanno raggiunto un livello di sofisticazione giuridica ed economica tale da poter elaborare adeguate teorie del pregiudizio su cui fondare un'analisi delle concentrazioni (siano esse orizzontali, verticali o conglomerali) che caratterizzano l'economia digitale europea. Anche dal punto

¹⁸³ Segnatamente, il regolamento (CE) 139/2004 e gli orientamenti della Commissione europea sulla valutazione delle concentrazioni orizzontali e delle concentrazioni non orizzontali.

delle misure che la Commissione può adottare, dovrebbe essere incoraggiata l'apertura verso l'adozione di rimedi comportamentali, manifestata dalla Commissione nei recenti casi *Google / Fitbit* e *Meta / Kustomer*, la quale sembra poter contribuire ad assicurare quella flessibilità e adattabilità che l'intrinseco dinamismo della *platform economy* impone.

Più critico appare invece il problema della rilevabilità delle operazioni che, aventi ad oggetto *start-up* o altre imprese di recente costituzione ma dal forte componente innovativo, non superano alcuno dei *set* di soglie di fatturato al cui superamento il regolamento (CE) 139/2004 subordina l'insorgere della competenza della Commissione europea. Al di là di una prospettiva (alquanto remota) di abbassamento delle soglie di fatturato o di eliminazione della regola dei "due terzi", l'attenzione è stata concentrata sulla possibilità dell'introduzione di un nuovo *set* di soglie nel quale divenga centrale il valore della transazione dell'operazione, che può essere – specialmente in casi in cui il divario rispetto al fatturato realizzato dalla *target* è particolarmente ampio – un elemento indicativo della criticità di un'operazione. Una soglia di questo tipo, se affiancata da criteri che consentano di escludere operazioni che non presentino alcun *local nexus* con il mercato interno dell'UE, potrebbe portare a un'espansione della competenza della Commissione. La soluzione invece adottata a livello europeo è stata, invece, quella di intervenire attraverso un atto di *soft law* e incentivare – modificando la propria prassi precedente – gli Stati membri a sfruttare la possibilità, prevista dall'art. 22 del regolamento (CE) 139/2004, di operare un rinvio alla Commissione di concentrazioni, anche laddove queste non superino (nemmeno) le soglie previste dalle rispettive normative nazionali. Una soluzione di questo tipo, per quanto potenzialmente idonea ad espandere la competenza della Commissione a qualsiasi caso di proprio interesse, incontra alcuni limiti. Si è visto che, innanzitutto, un siffatto orientamento sconta, forse, una certa ingenuità nell'assumere che le autorità garanti nazionali vi aderiscano; inoltre, la circostanza che qualsiasi operazione,

di qualsiasi dimensione e posta in essere da qualsivoglia impresa, europea o extra-europea, possa essere oggetto di un rinvio alla Commissione – anche su richiesta di quest’ultima – non sembra soddisfare i requisiti minimi in termini di prevedibilità e chiarezza (in merito ai presupposti su cui si fonda l’indagine antitrust) che, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea, sono richiesti dai principi di certezza del diritto e legittimo affidamento.

INDICE DEI RIFERIMENTI

BIBLIOGRAFIA

- ABRENICA M.J.V., *Balancing Consumer Welfare and Public Interest in Competition Law*, in *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, vol. 13, n. 2, 2018
- ADAM R., TIZZANO A., *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014
- AGCM, AGCOM, GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, 10 febbraio 2020
- AHLBORN C., GRAVE C., *Walter Eucken and Ordoliberalism: An Introduction from a Consumer Welfare Perspective*, in *CPI*, vol. 2, n. 2, 2006
- AINGER K., RODRIK D., *Rebirth of Industrial Policy and an Agenda for the Twenty-First Century*, in *Journal of Industry, Competition and Trade*, vol. 20, 2020
- AKMAN P., *Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act*, in *ELR*, vol. 47, n. 1, 2022
- ALBERTI J., CROCI F., *L'impatto del soft law dell'Unione europea nei giudizi interni: un'analisi sul campo*, in *DUE*, vol. 2, 2020
- ALMUNIA J., *EU merger control has come of age*, Bruxelles, 10 marzo 2011
- ALMUNIA J., *Competition in the online world*, LSE Public Lecture, 11 novembre 2013
- AMALFITANO C., CONDINANZI M., *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Torino, 2015
- AMATO G., *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998
- ANDERSON S.P., COATE S., *Market provision of broadcasting: a welfare analysis*, in *The Review of Economic Studies*, vol. 4, 2005
- APEL K., POLLEY R., *Gap cases in der formellen Fusionskontrolle der FKVO?*, in *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, vol. 19, n. 3, 2021
- ARANCI M., *Diritto al silenzio e illecito amministrativo punitivo: la risposta della Corte di giustizia*, in *Sistema Penale*, fasc. 2, 2021
- ARENA A., *Sul carattere assoluto del primato del diritto dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018
- ARNAUDO L., *Il controllo delle concentrazioni*, in FRIGNANI A., BARIATTI S. (a cura di), *La disciplina della concorrenza nella UE*, Padova, 2013
- ATZORI L., IERA A., MORABITO G., *Understanding the Internet of Things: definition, potentials, and societal role of a fast evolving paradigm*, in *Ad Hoc Networks*, 56, 2017

- AUTORITÉ BELGE DE LA CONCURRENCE, AUTORITEIT CONSUMENT & MARKT, CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Joint memorandum of the Belgian, Dutch and Luxembourg competition authorities on challenges faced by competition authorities in a digital world*, 2019
- AUTORITE DE LA CONCURRENCE, BUNDESKARTELLAMT, *Algorithms and Competition*, 2019
- AUTORITE DE LA CONCURRENCE, BUNDESKARTELLAMT, *Competition Law and Data*, 2016;
- AUTORITE DE LA CONCURRENCE, BUNDESKARTELLAMT, *Competition Law and Data*, 2016
- AUTORITE DE LA CONCURRENCE, *Competition & e-commerce*, 2020
- AUTORITE DE LA CONCURRENCE, *Contribution de l'Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques*, 2020
- BAGNOLI V., *The big data relevant market*, in *Conc. Merc.*, 1, 2016
- BAILEY D., JOHN L.E. (a cura di), *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*, VIII, Oxford, 2018
- BAIN J.S., *Barriers to New Competition*, Cambridge, Mass., 1956
- BAKER J.B., SALOP S.C., *Antitrust, politica della concorrenza e disuguaglianza*, in *MCR*, vol. 52, n. 1, 2016
- BALLARINO T., BELLODI L., *La golden share nel diritto comunitario*, in *Riv. soc.*, vol. 1, 2005
- BARBIER DE LA SERRE E., LAGATHU E., *The Law on Fines Imposed in EU Competition Proceedings: Faster, Higher, Harsher*, in *JECLAP*, vol. 4, n. 4, 2013
- BARILE P. (a cura di), *Il primato del diritto comunitario e i giudici italiani*, Milano, 1978
- BAXTER S., DETHMERS F., *Collective dominance under EC merger control: after Airtours and the introduction of unilateral effects is there still a future for collective dominance?*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, vol. 27, n. 3, 2006
- BAY M., JAVIER RUIZ CALZADO J., *Tetra Laval II: the Coming of Age of the Judicial Review of Merger Decisions*, in *World Competition*, vol. 28, 4, 2005
- BEFFA J.-L., *Pour une nouvelle politique industrielle*, 2005
- BERETTA M., D'OSTUNI M., *Il sistema del controllo delle concentrazioni in Italia*, Torino, 2017
- BERG W., REAL S., MONTANI L., *Internal documents and new theories of harm: EU merger control 2018*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, vol. 40, n. 8, 2019
- BERGKAMP P.A., *The European Commission's Google Shopping decision: could bias have anything to do with it?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 26, n. 4, 2019

- BERGQVIST C., *Pursuing regulatory objectives under competition law*, in *Concurrences*, fasc. 2, 2020
- BŁACHUCKI M., *The role of the OECD in development and enforcement of competition law*, in *Revista Eletrônica de Direito Público*, vol. 3, 2016
- BORK R., *The antitrust paradox: a policy at war with itself*, New York, 1978
- BORK R.H., *Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act*, in *The Journal of Law and Economics*, vol. 9, 1966
- BOS P., *Concentration control in the European Economic Community*, Londra, 1992
- BOTTA M., SOLIDORO S., *Hipster Antitrust, the European Way?*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Policy Brief, n. 2, 2020
- BOTTA M., *The Draft Directive on the Powers of National Competition Authorities: the Glass Half Empty and Half Full*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, vol. 38, n. 10, 2017
- BOUTIN X., CLEMENS G., *Defining “big data” in Antitrust*, in *CPI*, 2017
- BROBERG M., *Improving the EU Merger Regulation’s Delimitation of Jurisdiction: Re-defining the Notion of Union Dimension*, in *JECLAP*, vol. 5, n. 5, 2014
- BROOS S., RAMOS J.M., *Competing business models and two-sidedness: an application to the Google shopping case*, in *Antitrust Bull.*, vol. 62, n. 2, 2017
- BRYAN K.A., HOVENKAMP E., *Antitrust Limits on Startup Acquisitions*, in *Review of Industrial Organization*, 56, 4, 2020, pp. 615-636
- BUCH-HANSEN H., *Rethinking the history of European level merger control: A critical political economy perspective*, Copenhagen, 2008
- BUDZINSKI O., STÖHR A., *Competition policy reform in Europe and Germany – institutional change in the light of digitization*, in *Eur. Comp. J.*, vol. 15, n. 1, 2019
- BUDZINSKI O., STÖHR A., *Public Interest Considerations in European Merger Control Regimes*, in *Ilmenau Economics Discussion Papers*, vol. 25, n. 130, 2019
- BUDZINSKI O., *The International Competition Network as an International Merger Control Institution, International Institutions and Multinational Enterprises*, Cheltenham, 2004
- BUNDESWETTBEWERBSBEHÖRDE, *Position Paper on National and European Champions in Merger Control*, 2019
- BURELLI C., *La strategia europea contro le scalate estere alle imprese alla prova dei negoziati*, in *EuBlog.eu*, 15 marzo 2022
- CABRAL L. *Merger policy in digital industries*, in *Inf. Econ. Policy*, vol. 54, 2021
- CABRAL L., HAUCAP J., PARKER G., PETROPOULOS G., VALLETTI T., VAN ALSTYNE M., *The EU Digital Markets Act*, Lussemburgo, 2021
- CALVANO E., POLO M., *Market power, competition and innovation in digital markets: A survey*, in *Inf. Econ. Policy*, vol. 54, 2021.
- CANEPA A., *Le piattaforme fra nuove dinamiche di mercato e ricerca di strumenti regolatori efficaci*, in *Riv. reg. merc.*, vol. 2, 2018

- CANNIZZARO E., *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000
- CAPOBIANCO A., NAGY A., *Public Interest Clauses in Developing Countries*, in *JECLAP*, vol. 7, n. 1, 2015
- CARUGATI C., *Big data and The Economics of Free: Towards A New Competition Law*, 2017
- CASSANO G., CLARIZIA R., CATRICALÀ A. (a cura di), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Torino, 2018
- CASTELLANETA M., *Il sistema del golden shares alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Studi e materiali. Quaderni trimestrali. Consiglio Nazionale del Notariato*, IV, 2008
- CHEN W., *The Beijing Consensus? How China Has Changed Western Ideas of Law and Economic Development*, Cambridge, 2019
- CHO J., GARCIA-MOLINA H., *Parallel crawlers*, Proceedings of the 11th international conference on World Wide Web, 2002
- CICIRIELLO M.C., *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999
- CINI M., MCGOWAN L., *Competition Policy in the European Union*, Londra, 1998
- CISTARO M., *Il controllo della struttura del mercato: le nuove soglie rilevanti delle concentrazioni in Italia*, in *Il Diritto Industriale*, vol. 3, 2018
- COHEN E., LORENZI J.-H., *Politiques industrielles pour l'Europe*, 2000
- COLANGELO G., *Big data, piattaforme digitali e antitrust*, in *MCR*, vol. 18, 2016
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, *CNMC's contribution on the "implications of digitisation for competition policy" for the conference on "Shaping Competition Policy in the Era of Digitisation"*, 2018
- COMPETITION & MARKETS AUTHORITY, *Online platforms and digital advertising Market study interim report*, 2019
- CONDINANZI M., AMALFITANO C., *La procedura di infrazione dieci anni dopo Lisbona*, in *Federalismi.it*, n. 19, 2020
- CONDINANZI M., *Leale Cooperazione*, in AMATO G., MOAVERO MILANESI E., PAQUINO G., REICHLIN L. (a cura di), *Europa. Un'utopia in costruzione*, Roma, 2018
- CONDINANZI M., MASTROIANNI R., *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009
- COSCELLI A., LOFARO A., *Dominanza collettiva e fusioni alla prova di San Tommaso*, in *MCR*, fasc. 1, 2001, pp. 193-210
- COTTIER T., NADAKAVUKAREN SCHEFER K. (a cura di), *Elgar Encyclopedia of International Economic Law*, Cheltenham, 2017
- COWEN T., *No need to try to break up the tech giants – We have other options available*, in *Concurrences*, fasc. 1, 2020

- CRANE D., *Antitrust and Wealth Inequality*, in *Cornell Law Review*, vol. 101, n. 5, 2016
- CRÉMER J., DE MONTJOYE Y., SCHWEITZER H., *Competition Policy for the Digital Era*, Bruxelles, 2019
- CSERES K.J., *Rule of Law Challenges and the Enforcement of EU Competition Law: a case-study of Hungary and its implications for EU law*, in *The Competition Law Review*, vol. 14, n. 1, 2019
- CSERES K.J., *The Controversies of the Consumer Welfare Standard*, in *Competition Law Review*, vol. 3, n. 2, 2007
- CUTRUPI A., *Piattaforme digitali: tra criticità concorrenziali e prospettive di regolamentazione*, tesi di dottorato, 2017
- DABBAH M.M., LASOK P. (a cura di), *Merger Control Worldwide*, Cambridge, 2014
- DALLA VALENTINA G., *Competition law enforcement in Italy after the ECN+ directive: the difficult balance between effectiveness and over-enforcement*, in *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, vol. 12, n. 20, 2019
- DANIELE L. (a cura di), *Diritto del mercato unico europeo: cittadinanza, libertà di circolazione, concorrenza, aiuti di Stato*, Milano, 2012
- DANIELI D., *Il controllo delle concentrazioni nel settore digitale e il nuovo approccio della Commissione europea: fit for purpose?*, in *I Post di AISDUE*, n. 3, 2021
- DE GELLINCK E., *European Industrial Policy against the background of the single European act*, in COFFEY P. (a cura di) *Main Economic Policy Areas of the EEC toward 1992*, Dordrecht, 1990
- DE MAURO A., GRECO M., GRIMALDI M., *A Formal Definition of big data Based on its Essential Features*, in *Library Review*, vol. 65, n. 3, 2016
- DE STEFANO G., MOTTA R., ZUEHLKE S., *Merger Referrals in Practice-Analysis of the Cases under Article 22 of the Merger Regulation*, in *JECLAP*, vol. 2, n. 6, 2011
- DE STREEL A., LAROUCHE P., *The European Digital Markets Act proposal : how to improve a regulatory revolution*, in *Concurrences*, fasc. 2, 2021
- DEFFAINS B., D'ORMESSON O., PERROUD T., *Competition Policy and Industrial Policy: for a reform of European Law*, Fondation Robert Schuman, 2020
- DENOZZA F., *Chicago, l'efficienza e il diritto antitrust*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1988
- DEUTSCHER E., *Prometheus Bound? – The Uncertain Future of the Unilateral Effects Analysis in Eu Merger Control After CK Telecoms*, in *J. Competition Law Econ.*, 2021
- DI FEDERICO G., *Digitalizzazione dei servizi sanitari e Unione Europea: uno sguardo d'insieme sullo stato dell'arte e sulle sfide future*, in C. BOTTARI (a cura di), *La salute del futuro. Prospettive e nuove sfide del diritto sanitario*, Bologna, 2020

- DI NELLA L., *La Scuola di Friburgo o dell'ordoliberalismo*, in *Diritto ed economia, problemi e orientamenti teorici*, in IRTIN. (a cura di), *Diritto ed economia. Problemi e orientamenti teorici*, Padova, 1999
- DI PORTO F., *Big data e concorrenza*, in *Conc. Merc.*, n. 23, 2016
- DI VIA L., LEONE P., *Controllo degli investimenti stranieri e antitrust. Un matrimonio che s'ha da fare*, in *MCR*, vol. 1, 2020
- DIEBOLD F.X., *A personal perspective on the origin(s) and development of 'big data': the phenomenon, the term, and the discipline*, PIER Working Paper No. 13-003, 2012
- DIVERIO D., *Limiti all'accesso del mercato dei servizi*, Bari, 2019
- DOLDE M., KRIEGER T., *Ordoliberalism and European Economic Policy. Between Realpolitik and Economic Utopia*, Londra, 2020
- ESTEVA MOSSO C., *Merger enforcement: getting the priorities right*, Relazione, EU Competition Law: Current Issues in a Global Context, Bruxelles, 19 maggio 2017
- EUCKEN W., *Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung*, in *Ordo*, n. 2, 1949
- EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, marzo 2014
- EUROPEAN POLITICAL STRATEGY CENTRE, *EU Industrial Policy After Siemens-Alstom. Finding a new balance between openness and protection*, 18 marzo 2019
- EVANS D.S., *The antitrust economics of multi-sided platform markets*, in *Yale Journal on Regulation*, vol. 20, 2003
- EZRACHI A., *Sponge*, in *Jour. Ant. Enf.*, vol. 5, n. 1, 2017
- EZRACHI A., STUCKE M.E., *Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition*, in *University of Illinois Law Review*, vol. 5, 2017
- FABBRINI F., *The Future of the EU 27*, in *European Journal of Legal Studies*, n. spec., *The Brexit Negotiations and the May Government*, 2019
- FATTORI P., TODINO M., *La disciplina della concorrenza*, Bologna, 2019
- FEDERICO G., LANGUS G., VALLETTI T., *Horizontal mergers and product innovation*, in *International Journal of Industrial Organization*, vol. 59, 2018
- FILISTRUCCHI L., GERADIN D., VAN DAMME E., AFFELDT P., *Market definition in two-sided markets: Theory and practice*, in *J. Competition Law Econ.*, vol. 10, n. 2, 2014
- FINGLETON J., NOLAN D., *Mind the gap. La riforma del regolamento comunitario*, in *MCR*, fasc. 2, 2003
- FIORETTI F., RASPANTI M.R., *Controllo delle concentrazioni*, in CASSANO G., CATRICALÀ A., CLARIZIA R. (a cura di), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Torino, 2018

- FLETCHER A., *Market Investigations for Digital Platforms: Panacea or Complement?*, in *JECLAP*, vol. 12, n. 1, 2021
- FORTE F., FELICE F., FORTE C., *L'Economia sociale di mercato e i suoi nemici*, Catanzaro, 2011
- FRANCK J.U., PEITZ M., *Market definition and market power in the platform economy*, Report for CERRE (Centre on Regulation in Europe), 2019
- FURMAN J., COYLE D., FLETCHER A., MCAULEY D., MARSDEN P., *Unlocking digital competition*, Report of the Digital Competition Expert Panel, 2019
- GALLO D., *Sovranità (europea?) e controllo degli investimenti esteri*, in *I Post di AISDUE*, IV, 2022
- GAROFOLI R., *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in *Federalismi.it*, n. 17, 2019
- GEBICKA A., HEINEMANN A., *Social Media & Competition Law*, in *World Competition*, vol. 37, 2014
- GERADIN V.D., GIRGENSON I., *Industrial policy and european merger control – a reassessment*, 2011, spec. pp. 20 ss
- GERARD D., *Protectionist Threats Against Cross-Border Mergers: Unexplored Avenues to Strengthen the Effectiveness of Article 21 ECMR*, in *CMLR*, vol. 45, n. 4, 2008, pp. 987-1025 ss.
- GERBER D.J., *The Transformation of European Community Competition Law?*, in *Harvard International Law Journal*, 1994, vol. 35, n. 1
- GHEZZI F., BOTTA M., *Standard di valutazione, interessi nazionali ed operazioni di concentrazione in Europa e negli Stati membri, tra spinte centrifughe ed effetti di spill-over*, in *Riv. soc.*, vol. 4, 2018
- GHEZZI F., *La proposta di direttiva in materia di rete europea della concorrenza e la necessità di un giusto equilibrio tra efficienza e garanzie*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, vol. 5, 2017
- GHEZZI F., PINI G.D., *Falsa partenza! Appunti su gun jumping e disciplina europea delle concentrazioni*, in *Riv. soc.*, vol. 2, 2019
- GHIDINI G., *Due culture? Il ruolo dell'efficienza sulle due sponde dell'Atlantico*, in *MCR*, 2003
- GIANNACCARI A., *Il caso GE/Honeywell*, in *MCR*, fasc. 1, 2006
- GIANNACCARI A., *La storia dei big data, tra riflessioni teoriche e primi casi applicativi*, in *MCR*, fasc. 2, 2017
- GILL S., *European Governance and New Constitutionalism: Economic and Monetary Union and Alternatives to Disciplinary Neoliberalism in Europe*, in *New Political Economy*, vol. 3, n. 1, 1998
- GOYDER D.G., *EEC Competition Law*, Oxford, 1988

- GRAEF I. *Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms*, in SSRN, vol. 4, n. 4, 2015
- GRILLO M., MAGNANI L., *Valutazione antitrust delle concentrazioni in mercati oligopolistici*, in MCR, fasc. 1, 2004
- GUINEA O., ERIXON F., *Standing Up for Competition: Market Concentration, Regulation, and Europe's Quest for a New Industrial Policy*, European Centre for International Political Economy (ECIPE) Occasional Paper, 2019
- HAAS E.B., *The Uniting of Europe. Political, Social, and Economic Forces 1950-1957*, Stanford, 1958
- HAGIU A., WRIGHT J., *Data-enabled learning, network effects and competitive advantage*, working paper, 2020
- HAYEK F.A., *Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren*, lezione all'Università di Kiel, 1968
- HEIM M., MIDÕES C., *Protecting competition or protecting (some) competitors: A European debate*, in *Concurrences. Which competition and industrial policies for the new EU Commission after Siemens/Alstom?*, fasc. 2, 2019
- HEIM, *Modernising European Competition Policy: A Brief Review of Member States' Proposals*, Bruegel Blog Post, 24 luglio 2019
- HEYDON A., NAJORK M., *High-performance web Crawling*, SRC Research Report, 173, Compaq Systems Research Center, 2001
- HIEN J., JOERGES C., *About Ordoliberalism, Law, and the Rule of Economics*, Londra, 2020
- HOLMES S., *Consumer welfare, sustainability and competition law goals*, in *Concurrences*, fasc. 2, 2020
- HOLMSTRÖM M., PADILLA J., STITZING R., SÄÄSKILAHTI P., *Killer Acquisitions? The Debate on Merger Control for Digital Markets*, in *Yearbook of the Finnish Competition Law Association*, 2018;
- HOUSE OF LORDS, SELECT COMMITTEE ON EUROPEAN UNION, *10th Report of Session 2015-16. Online Platforms and the Digital Single Market*, 20 aprile 2016
- HOVENKAMP H., *Antitrust Policy after Chicago*, in *Michigan Law Review*, 84, 2, 1985
- HOVENKAMP H., *Antitrust and the costs of movement*, in *Antitrust Law Journal*, vol. 78, n. 1, 2012
- HOVENKAMP H., *Is Antitrust's Consumer Welfare Principle Imperiled?*, in *The Journal of Corporation Law*, vol. 45, 2019
- HOVENKAMP H., *On the Meaning of Antitrust's Consumer Welfare Principle*, University of Penn, Institute for Law & Economics Research Paper, n. 16, 2020
- HOYNG W., BIESHEUVEL M., *Towards a pre-merger control in the European Community?*, in *Leiden Journal of International Law*, 1988, vol. 1, n. 1, pp. 79-84

- HU H., YONGGANG W., CHUA T-S., LI X., *Toward Scalable Systems for big data Analytics: A Technology Tutorial*, in *IEEE Access*, vol. 2, 2014
- HURWITZ J., *The Impact of the Continental Can Case on Combinations and Concentrations within the Common Market*, in *Hastings Law Journal*, vol. 25, n. 3, 1974
- IBÁÑEZ COLOMO P., *Beyond the “More Economics-Based Approach”: A Legal Perspective on Article 102 TFEU Case Law (March 20, 2016)*, in *CMLR*, vol. 53, 2016
- IBÁÑEZ COLOMO P., *Indispensability and abuse of dominance : from Commercial Solvents to Slovak Telekom and Google Shopping*, in *JECLAP*, vol. 10, n. 9, 2019
- IBÁÑEZ COLOMO P., *The draft Digital Markets Act: a legal and institutional analysis*, in *JECLAP*, vol. 21, n. 7, 2021
- JEANA S., PERROT B., PHILIPPONC T., *Competition and Trade: Which Policies for Europe?*, *Les notes du conseil d’analyse économique*, n. 51, 2019
- JENNY F. (a cura di), *Competition Law in and the Health Crisis*, in *Concurrences*, fasc. 2, 2020
- JENNY F., *International Cooperation on Competition: Myth, Reality and Perspective*, in *Antitrust Bull.*, vol. 48, no. 4, 2003
- JENNY F., *Substantive convergence in merger control: an assessment*, in *Concurrences*, fasc. 1, 2015, pp. 31-33
- JONES A., DAVIES J., *Merger Control and the Public Interest: Balancing EU and National Law in the Protectionist Debate*, in *Eur. Comp. J.*, vol. 10, n. 3, 2014
- JONES A., SUFRIN B., DUNNE N., *EU Competition Law. Text, Cases and Materials*, Oxford, 2019
- JONES A., SUFRIN B., *EU competition law: text, cases, and materials*, Oxford, 2019
- JULLIEN B., SAND-ZANTMAN W., *The Economics of Platforms: A Theory Guide for Competition Policy*, in *Inf. Econ. Policy*, vol. 54, 2021
- KAMEPALLI S.K., RAGHURAM R., ZINGALES L., *Kill Zone*, Becker Friedman Institute for Economics Working Papers, n. 19, 2020
- KATARZYNA C., *“No Magic Number” means “No Magic Number”: will the EU Court turn the tide on 4-to-3 mobile mergers in Europe?*, *Kluwer Competition Law Blog*, 4 marzo 2021
- KERSTING C., PODSZUN R., MEYER-LINDEMANN H., *Statement of the Institute for Competition Law on the Draft “Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-Merger Notification (Section 35 (1a) GWB and Section 9 (4) KartG)” of the German Federal Cartel Office and the Austrian Federal Competition Authority of 14.5.2018*, Institut für Kartellrecht Statement, 11 giugno 2018
- KHAN L., VAHEESAN S., *Market Power and Inequality: The Antitrust Counterrevolution and Its Discontents*, in *Harvard Law & Policy Review*, vol. 11, 2016

- KING S., *The EU Commission Publishes Initial Findings of Inquiry into the Consumer Internet of Things*, in *Concurrences*, 9 giugno 2021
- KITCHIN R., MCARDLE G., *What makes big data, big data? Exploring the ontological characteristics of 26 datasets*, in *Big data & Society*, vol. 3, n. 1, 2016
- KOKKORIS I., *The reform of the European Control Merger Regulation in the aftermath of the Airtours case. The eagerly expected debate: SLC v. Dominance Test*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, vol. 26, 2005
- KOMNINOS A., CITRON P., *European Commission consumer IoT sector inquiry: Preliminary Report*, in *Kluwer Competition Law Blog*, 15 giugno 2021
- KONKURRENSVERKET, SAMKEPPNISEFTIRLITID, KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN, KONKURRENS- OCH KONSUMENTVERKET, KONKURRANSETILSYNET, *Digital platforms and the potential changes to competition law at the European level*, 2020
- KOSKI H., *How Do Competition Policy and Data Brokers Shape Product Market Competition?*, in *ETLA Working Papers*, n. 61, 2018
- KOVACIC W.E., *The intellectual DNA of modern U.S. competition law for dominant firm conduct: the Chicago/Harvard double helix*, in *Columbia Business Law Review*, vol. 1, 2007
- KRZYSZTOF M., *Interpretation of the remedy in the Google Shopping decision and its consequences*, in *CoRe*, vol. 4, n. 1, 2020
- KUHN T., THOMAS S., *The More Economic Judicature: How the General Court has Recalibrated the Merger Gauge*, in *CPI*, 2020
- KUSUNOKI S., *Hayek and antitrust*, in *History of Economics Review*, vol. 61, 2015
- LAMADRID A., VILLIERS S., *Big data, privacy and competition law: do competition authorities know how to do it?*, in *CPI*, 2017
- LAMANDINI M., *Golden share e libera circolazione dei capitali in Europa e in Italia*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc. 5, 2016
- LANEY, *3D Data Management: Controlling Data Volume, Velocity and Variety*, Meta Group, 6 febbraio 2001
- LANG J.T., *Two Important Merger Regulation Judgments: The Implications of Schneider-Legrand and Tetra Laval-Sidel*, in *ELR*, vol. 28, n. 2, 2003
- LAO M., *Ideology matters in the antitrust debate*, in *Antitrust Law Journal*, vol. 79, n. 2, 2014
- LASSERRE B., MUNDT A., *Competition Law and big data: The Enforcers' View*, in *Rivista Italiana di Antitrust*, n. 1, 2017
- LENAERTS K., *Le devoir de loyauté communautaire*, in VERHOEVEN J. (a cura di), *La Loyauté: Mélanges offerts à Etienne Cerexhe*, Bruxelles, 1997
- LESGUILLONS M., *L'après Airtours*, in *Revue de droit des affaires internationales*, vol. 5, 2002

- LEVY N., COOK C., *European Merger Control Law. A Guide to the Merger Regulation*, New York, 2021
- LEVY N., MOSTYN H., BUZATU B., *Reforming EU merger control to capture “killer acquisitions” – the case for caution*, in *Competition Law Journal*, vol. 2020
- LEVY N., RIMSA A., BUZATU B., *The European Commission’s New Merger Referral Policy*, in *CoRe*, vol. 5, n. 4, 2021
- LEVY N., STEEN C.G., MOSTYN H., LITTLE D.R., *European champions – Why politics should stay out of EU merger control*, in *Concurrences*, fasc. 2, 2019
- LEWIS D., *The role of public interest in Merger evaluation*, relazione presentata al ICN Merger Working Group, Napoli, 28-29 settembre 2002
- LIANOS I., MATEUS A., RASLAN A., *Development Economics and Competition. A Parallel Intellectual History*, CLES Society Research Paper Series, n. 1, 2012
- LIANOS I., *Polycentric Competition Law*, in *Current Legal Problems*, vol. 71, n. 1, 2018
- LIANOS I., *The Future of Competition Policy in Europe: some reflections on the interaction between industrial policy and competition law*, in *UCL Centre for Law, Economics and Society, Policy Paper Series*, n. 1, 2019
- LIBERTINI M., *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del decreto Alitalia*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, vol. 55, fasc. 4, 2010
- LIBERTINI M., *Diritto della concorrenza dell’Unione europea*, Milano, 2014
- LUBYOVÁ L.H., *big data in the EU Competition Law*, Charles University Law Faculty Research Paper, I(1), 2018
- MAFFEO A., *L’obbligo di motivazione degli atti delle istituzioni dell’Unione europea letto attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Federalismi.it*, n. 3, 2018
- MAGGIOLINO M., *I big data e il diritto antitrust*, Milano, 2018
- MÄKELÄ T., *The Court of Justice rules for the first time on Article 21(3) of the Merger Regulation in case C-42/01 Portuguese Republic v. Commission*, *Competition Policy Newsletter*, n. 1, 2005
- MANYIKA J., CHUI M., *big data: The next frontier for innovation, competition, and productivity*, McKinsey Global Institute, 2011
- MANZINI P., *The Goals of EU Competition Law*, in CORTESE B. (a cura di), *EU Competition Law: Between Public and Private Enforcement*, Alphen aan den Rijn, 2013
- MANZINI P., *Equità e contendibilità nei mercati digitali: la proposta di Digital Market Act*, in *I Post di AISDUE*, n. 3, 2020
- MARCOS F., *When competition is the last concern: the battle for the control of Endesa*, Working paper IE Law School AJ8-189, 3 settembre 2012
- MARJOLIN R., *Le travail d’une vie: mémoires 1911-1986*, Parigi, 1986

- MARKERT K., *EEC Competition Policy in Relation to Mergers*, in *Antitrust Bull.*, vol. 20, n. 1, 1975
- MARTENS B., *An Economic Policy Perspective on Online Platforms*, Institute for Prospective Technological Studies, Digital Economy Working Paper n. 5, 2016
- MASINI F., *Tutela della concorrenza e politica industriale europea*, in *Il Federalista*, nn. 1-2, 2019
- MASON E.S., *Economic concentration and the monopoly problem*, Cambridge, Mass., 1957
- MAYER-SCHONBERGER V., CUKIER K., *big data: A Revolution that will Change How We Live, Work and Think*, Londra, 2013
- MCAFEE A., BRYNJOLFSSON E., *Big data: The Management Revolution*, in *Harvard Business Review*, 2012
- MCCORMACK P.M., AGATHOKLIS MURINO A., HSU E., *Populist Instincts: A Trump Administration Antitrust Merger Retrospective*, in *Antitrust*, vol. 35, n. 3, 2021
- MEHTA M.N., SRINIVASAN S., ZHAO W., *The Politics of M&A Antitrust*, in *Journal of Accounting Research*, vol. 58, n. 1, 2019, pp. 5-53
- MELI V., *Concentrazioni*, in Treccani, dir. online, 2015
- MELI V., *Il public interest nel diritto della concorrenza della UE*, in *MCR*, fasc. 3, 2020, p. 463
- MELLOTT J., CIRIC R., *Public Interest in Merger Control: The Lay of the Land*, in *Antitrust Bull.*, vol. 65, n. 2, 2020, pp. 208-226
- MERLINO P., *Antitrust e tutela dei dati personali: un rapporto in cerca di definizione*, presentazione alla XIII edizione del convegno *Antitrust tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea*, Treviso, 25 maggio 2018
- MEROLA M., RIVAS J., *Competition Law in Times of Economic Crisis: In Need of Adjustment?*, Bruxelles, 2013
- MIDIRI M., *Tutela della concorrenza, autorità garanti, scelte della politica*, in *Politica Del Diritto*, vol. 2, 2020
- MIDIRI M., *Le piattaforme e il potere dei dati (Facebook non passa il reno)*, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, fasc. 2, 2021
- MINERVA R., BIRU A., ROTONDI D., *Towards a Definition of the Internet of Things (IoT)*, IEEE Internet Initiative, 2015
- MONNET J., *Mémorandum à Robert Schuman*, 30 novembre 1950
- MONTALENTI P. (a cura di), *Quaderni di giurisprudenza commerciale. Unione Europea: concorrenza tra imprese e concorrenza tra stati*, Milano, 2016
- MONTI G., *The New Substantive Test in the EC Merger Regulation - Bridging the Gap between Economics and Law?*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 10, 2010

- MONTI G., *EU Merger Control After CK Telecoms UK Investments v. Commission*, in *World Competition*, vol. 43, n. 4, 2020
- MONTI G., *The Digital Markets Act – Institutional Design and Suggestions for Improvement*, TILEC Discussion Paper, n. 4, 2021
- MONTI M., *Merger control in the European Union: a radical reform*, relazione alla *European Commission/IBA Conference on EU Merger Control*, Bruxelles, 7 novembre 2002
- MONTI M., *Una nuova strategia per il mercato unico*, 9 maggio 2010
- MORI P., *Art. 296 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014
- MOSCONI F., *Weaving the threads of the new european industrial policy: The case of Italy, Germany, and France*, in *Industria*, vol. 4, 2020
- MOTTA M., *EC merger policy and the Airtours Case*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, vol. 21, n. 4, 2000
- MOTTA M., PEITZ M., *Big tech mergers*, in *Inf. Econ. Policy*, vol. 54, 2021
- MOTTA M., RUTA M., *A Political Economy Model of Merger Policy in International Markets*, in *Economica*, vol. 79, n. 313, 2012
- MUNARI F., *Diritto della concorrenza nell'Unione europea*, in *Digesto Discipline Pubblicistiche*, IV, Torino, 2010
- MUNARI F., *Antitrust Enforcement After the Entry into Force of Regulation no. 1/2003: The Interplay among the Commission and the NCAs and the Need for an Enhanced Role of National Courts*, in CORTESE B. (a cura di), *EU Competition Law: Between Public and Private Enforcement*, Alphen aan den Rijn, 2013
- MUNARI F., *L'applicazione del diritto antitrust dopo l'entrata in vigore del regolamento (CE) n. 1/2003: l'interazione fra commissione e autorità nazionali e il necessario rafforzamento del ruolo dei giudici nazionali*, in TESAURO G. (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2013.
- NAPOLITANO G., *Il regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti: alla ricerca di una sovranità europea nell'arena economica globale*, in *Riv. reg. merc.*, fasc. 1, 2019
- NAPOLITANO G., *Foreign direct investments screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, Bologna, 2020
- NASCIMBENE B. (a cura di), *Costa/Enel: Corte costituzionale E Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, Milano, 2015
- NEWMAN J.M., *Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations*, in SSRN, 2014
- NICHOLSON M., CARDELL S., MCKENNA B., *The Scope of Review of Merger Decisions under Community Law*, in *Eur. Comp. J.*, vol. 1, 1, 2005

- NUCCIO M., GUERZONI M., *Big data: hell or heaven? Digital platforms and market power in the data-driven economy*, in *Competition & Change*, vol. 23, n. 3, 2019
- ODENNINO A. (a cura di), *Special Issue: Data Flow, big data And International Economic Law*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 31, n. 4, 2017
- OLIVIERI, PEZZOLI A., *L'antitrust e le sirene della crisi*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2009
- OLSTON C., NAJORK M., *Web crawling*, Boston, 2010
- OSTI C., *La disciplina antitrust e le clausole relative*, in M. IRRERA (a cura di), *Le acquisizioni societarie*, Bologna, 2011
- PADILLA J., PETIT N., *Competition Policy and the Competition Policy Review*, in *Concurrences*, fasc. 2, 2020
- PAPADOPOULOS T. (a cura di), *Cross-border Mergers: EU perspectives and national experiences*, New York, 2019
- PAPPALARDO A., *Il Progetto di regolamento CEE sul controllo delle concentrazioni*, in *Rivista del commercio internazionale*, 1989
- PAPPALARDO A., *Il Regolamento CEE sul controllo delle concentrazioni tra imprese*, in *Il foro italiano*, vol. 113, 1990
- PAPPALARDO A., *Il diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Torino, 2018
- PARDOLESI, *Hipster Antitrust e sconvolgimenti tettonici: back to the future?*, in *MCR*, fasc. 1, 2019
- PARRET L., *The Multiple Personalities of EU Competition Law: Time for a Comprehensive Debate on Its Objectives*, in ZIMMER D. (a cura di), *The Goals of Competition Law*, Cheltenham, 2012
- PEERS S., *Sanctions for Infringement of EU Law after the Treaty of Lisbon*, in *European Public Law*, 2012
- PERA A., *Fairness, Competition on the Merits and Article 102*, in *Eur. Comp. J.*, in corso di pubblicazione
- PEREZ M.D.D., BURNLEY R., *The Article 9 Referral Back Procedure: A Solution to the Jurisdictional Dilemma of the European Merger Regulation?*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, vol. 24, n. 8, 2003
- PERTINI F., *Il liberismo a una dimensione: la Confindustria e l'integrazione europea, 1947-1957*, Milano, 2005
- PETIT N., AUER D., *CK Telecoms v Commission: The Maturation of the Economic Approach in Competition Case Law*, in *JECLAP*, vol. 11, 2020
- PETIT N., NEYRINCK N., *Industrial policy and competition enforcement: is there, could there and should there be a nexus?*, relazione alla 2012 GLC Annual Conference
- PETIT N., *Non-Competition Concerns under the ECMR – An Overview*, in *Concurrences*, fasc. 4, 2008

- PETIT N., *The proposed Digital Markets Act (DMA): a legal and policy review*, in *JECLAP*, vol. 21, n. 7, 2021
- PETIT N., PADILLA J., *Competition policy and the Covid-19 opportunity*, in *Concurrences*, fasc. 2, 2020
- PEZZOLI A., *La politica della concorrenza ai tempi del virus e la rilegittimazione dell'intervento pubblico*, in *MCR*, 2020
- PEZZOLI A., TONAZZI A., *La sfida della «normalità». Concorrenza e intervento pubblico nel post-Covid. È possibile andare oltre l'intreccio tra monopolio e assistenzialismo?*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, vol. XIX, n. 2
- PIKE C., *Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control*, OCSE, 2020
- PITRUZZELLA G., *Big data and Antitrust Enforcement*, in *Rivista Italiana di Antitrust*, vol. 4, n. 1, 2017
- PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, in *Quaderni Costituzionali*, vol. 3, 2019, pp. 597-612
- POCAR F., *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010
- POSNER R.A., *Antitrust Policy and the Supreme Court: An Analysis of the Restricted Distribution, Horizontal Merger and Potential Competition Decisions*, in *Columbia Law Review*, vol. 75, n. 2
- POSNER R.A., EASTERBROOK F.H., *Antitrust: Cases, Economic Notes and Other Materials*, Chicago, 1981
- PRESTON P., *Development Theory: An Introduction to the Analysis of Complex Change*, Hoboken, NJ, 1996, p. 252
- PRIEST G.L., *The Abiding Influence of The Antitrust Paradox*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 31, n. 2, 2008
- QUADRI R., MONACO R., TRABUCCHI A., *Trattato istitutivo della Comunità economica europea: commentario*, Milano, 1965
- RAFFAELLI E.A., *European Union competition policy subsequent to the Airtours case*, in *International Antitrust Law & Policy*, 2003
- RAKOVSKY C., GODHINO DE MATOS M., KOPKE A., OHRLANDER P., SHIELS P., *EC Merger Regulation contributes to more efficient merger control in EU*, *Competition Policy Newsletter*, n. 2, 2009
- RAMO J.C., *The Beijing Consensus*, Londra, 2004
- READER D.M., *Revisiting the Role of the Public Interest in Merger Control*, Norwich, 2015
- READER D.M., *Accommodating Public Interest Considerations in Domestic Merger Control: Empirical Insights*, in *CCP Working Paper*, 16-3, 2016
- RESCIGNO M., *Il nuovo Regolamento UE 2019/452 sul controllo degli investimenti esteri diretti: integrazione dei mercati, sistemi nazionali e ruolo dell'Europa*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc. 5, 2020

- REYNOLDS M., *The de Havilland Case: A Watershed for EC Merger Control*, in *International Financial Law Review*, vol. 21, 1991
- RIESENFELD S.A., *The Legal Protection of Competition in France*, in *California Law Review*, vol. 48, n. 4, 1960
- RIZZA G.C., *La posizione dominante collettiva nella giurisprudenza comunitaria*, in *Conc. Merc.*, vol. 8, 2000
- RIZZA G.C., *L'obbligo delle autorità nazionali della concorrenza di disapplicare le norme interne contrarie al Trattato e i conseguenti limiti alla proponibilità della State action defense (Causa C-198/01 CIF/Autorità garante)*, in *Giur. comm.*, fasc. 1, 2004
- RIZZA G.C., *A completed merger cannot be considered as part of an abusive strategy in the framework of a later Article 102 decision*, in *Cleary Antitrust Watch Blog*, 2022
- RIZZUTO F., *Parallel competence and the power of the EC Commission under Regulation 1/2003 according to the Court of First Instance*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, vol. 29, n. 5, 2008
- ROCHET J.-C., TIROLE J., *Platform competition in two-sided markets*, in *Journal of the European Economic Association*, vol. 1, 2003
- ROCHET J.-C., TIROLE J., *Two-sided markets: a progress report*, in *The RAND Journal of Economics*, 2006
- RODRIG D., *After Neoliberalism, What?*, relazione alla *Alternatives to Neoliberalism Conference*, 2004
- RÖLLER L.H., DE LA MANO M., *The Impact of the New Substantive Test in European merger Control*, in *Eur. Comp. J.*, vol. 2, 2006
- ROSSI DAL POZZO (a cura di), *Mercato Unico Digitale, dati personali e diritti fondamentali*, in *Eurojus*, n. spec., 2020
- ROSSI G., *Antitrust e teorie della giustizia*, in *Riv. soc.*, 1995
- ROSSI G., *Governo, magistratura, Autorità Garante: tre diverse filosofie dell'antitrust*, in *Riv. soc.*, vol. 6, 2000
- SABBATINI P., *Concentrazioni. Le tre sconfitte della Commissione*, in *MCR*, fasc. 1, 2003
- SANCHEZ-CARTAS J.M., LEÓN G., *Multisided platforms and markets: a survey of the theoretical literature*, in *Journal of Economic Surveys*, vol. 35, 2021
- SANDALOW T., STEIN E. (a cura di), *Courts and Free Markets. Perspectives from the United States and Europe*, Oxford, 1982
- SCARCHILLO G., *Golden powers e settori strategici nella prospettiva europea: il caso huawei. Un primo commento al regolamento (UE) 2019/452 sul controllo degli investimenti esteri diretti*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc. 2, 2020
- SCHERER F.M., *Some Principles for Post-Chicago Antitrust Analysis*, in *Case Western Reserve Law Review*, vol. 52, n. 1, 2001

- SCHETTINO A., *Le deroghe antitrust per le concentrazioni nazionali di salvataggio: potenziali criticità, possibili contemperamenti*, in *DUE*, fasc. 4, 2020
- SCHOLL J., *Why the New Merger Control Thresholds in Germany?*, in *JECLAP*, vol. 8, n. 4, 2017
- SCHWALBE U., *Algorithms, Machine Learning, and Collusion*, in *J. Competition Law Econ.*, 14, 2018
- SCHWARTZ E., *Politics as Usual: The History of European Community Merger Control*, in *Yale Journal of International Law*, 1993, vol. 18, n. 607
- SOKOL D.D., COMERFORD R., *Antitrust and Regulating big data*, in *George Mason Law Review*, vol. 23, 2015
- SOKOL D.D., COMERFORD R., *Does Antitrust Have A Role to Play in Regulating big data?*, in *Cambridge Handbook of Antitrust, Intellectual Property and High Tech*, 2016
- SOKOL D.D., *Monopolists without Borders: The Institutional Challenge of International Antitrust in a Global Gilded Age*, in *Berkeley Business Law Journal*, 2007, vol. 4
- SPAACK F., JAEGER J.N., *The Rules of Competition within the European Common Market*, in *Law and Contemporary Problems*, 3, 1961
- SPARK LEGAL NETWORK, QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON, *Support Study for impact assessment concerning the review of Merger Regulation regarding the minority shareholdings*, 2016
- STECCHETTI L., *Law cost: ripercussioni della legge "salva Alitalia"*, in *MCR*, vol. 30, n. 3, 2008
- STEFAN O., AVBELIJ M., ELIANTONIO M., HARTLAPP M., KORKEA-AHO E., RUBIO N., *EU Soft Law in the EU Legal Order: A Literature Review*, SoLaR Working Paper, 2018
- STIGLITZ J., *Towards a Broader View of Competition Policy*, in BONAKELE T., FOX E., MCNUBE L. (a cura di), *Competition Policy for the New Era – Insights from the BRICS Countries*, Oxford, 2017
- STIGLITZ J.E., SERRA N. (a cura di), *The Washington Consensus Reconsidered: Towards a New Global Governance*, Oxford, 2008.
- STROZZI, R. MASTROIANNI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2020
- STUCKE M.E., *Behavioral Antitrust and Monopolization*, in *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 8, n. 3, 2012
- STUCKE M.E., *Should we be concerned about data-opolies?*, in *Georgetown Law Technology Review*, 2018
- STUCKE M.E., GRUNES A.P., *Debunking the Myths over big data and Antitrust*, in *CPI Antitrust Chronicle*, vol. 10, 2015
- STUCKE M.E., GRUNES A.P., *Big data and Competition Policy*, Oxford, 2016

- STUCKE M.E., *Occupy Wall Street and Antitrust*, in *Southern California Law Review*, vol. 85, 2012
- STUCKE M.E., REEVES A.P., *Behavioral Antitrust*, in *Indiana Law Journal*, vol. 86, n. 4, 2011
- SWANN D., *The economics of the Common Market*, Londra, 1970
- TAMKE M., *Big data and Competition Law*, in *ZWeR Heft*, vol. 4, 2017
- TESAURO G. D'ALBERTI M. (a cura di) *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2001
- TESAURO G., *International Competition Network. First annual conference, Naples, 28 September 2002, Opening Speech*, in *World Competition*, vol. 26, n. 2, 2003
- TESAURO G., *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012
- THOMAS S., *Normative Goals in Merger Control: Why Merger Control Should Not Attempt to Achieve "Better" Outcomes than Competition*, in *SSRN*, 2018
- TIZZANO A., *Lo sviluppo delle competenze materiali delle Comunità europee*, in *Rivista di diritto europeo*, 1981, vol. 139
- TIZZANO A., *Il rafforzamento del mercato interno*, in *DUE*, 1997
- TRIDIMAS T., *General principles of EU Law*, II ed., Oxford, 2006
- TURGOT C., *Killer Acquisitions in Digital Markets*, in *CoRe*, vol. 5, n. 2, 2021
- UNVER M.B., *Threading the needle from 'interoperability' to 'gatekeeping': quest for a layered model*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 2021
- VAN DAMME E., FILISTRUCCHI L., GERADIN D., KEUNEN S., KLEIN, MICHIENSEN T., WILEUR J., *Mergers in Two-Sided Markets A Report to the NMa*, 2010
- VAN ROMPUY, *Economic Efficiency: The Sole Concern of Modern Antitrust Policy? Non-efficiency Considerations under Article 101 TFEU*, Alphen aan der Rijn, 2012
- VANBERG V., *The Freiburg School: Walter Eucken and Ordoliberalism*, *Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik*, 04/11, 2004
- VELJANOVSKI C., *EC merger policy after GE/Honeywell and Airtours*, in *Antitrust Bull.*, vol. 49, nn. 1-2, 2004
- VENIT J.S., *The "Merger" Control Regulation: Europe Comes of Age...or Caliban's Dinner*, in *CMLR*, vol. 27, n. 1, 1990
- VERELLEN T., *When Integration by Stealth Meets Public Security: The EU Foreign Direct Investment Screening Regulation*, in *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 48, n. 1, 2021
- VESSIA F., *big data: dai vantaggi competitivi alle pratiche abusive*, in *Giurisprudenza Commerciale*, vol. 6, 2018
- VESTAGER, *Refining the EU merger control system*, relazione al Studienvereinigung Kartellrecht, Bruxelles, 10 marzo 2016
- VOLCKER S.B., *Leveraging as a theory of competitive harm in EU merger control*, in *CMLR*, vol. 40, n. 3, 2003

- WARLOUZET L., *The rise of European Competition Policy, 1950-1991: a Cross-Disciplinary Survey of a Contested Policy Sphere*, in *EUI Working Papers, RSCAS* 2010/80, 2010
- WEILER J.H., *The Transformation of Europe*, in *Yale Law Journal*, vol. 100, 1990
- WEISS S.M., INDURKHYA N., *Predictive data mining: a practical guide*, Burlington, 1998
- WERNER P., CLERCKX S., DE LA BARRE H., *Commission expansionism in EU merger control - Fact and fiction*, in *JECLAP*, vol. 9, n. 3, 2018
- WILKS S., MCGOWAN L., *Competition Policy in the European Union: Creating a Federal Agency?*, in DOERN G.B., WILKS S., (a cura di), *Comparative Competition Policy: National Institutions in a Global Market*, Oxford, 1996
- WILLIAMSON J., *What Should the World Bank Think About the Washington Consensus?*, in *The World Bank Research Observer*, n. 15, 2000
- WILS W., *Self-Incrimination in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, in *World Competition: Law and Economic Review*, vol. 26, n. 4, 2003
- WILSON R.A., KEIL F.C., *The MIT Encyclopedia of the Cognitive Sciences*, Cambridge (USA), 1999
- WITT A.C., *From Airtours to Ryanair: is the more economic approach to EU merger law really about more economics?*, in *CMLR*, vol. 49, n. 1, 2012, pp. 217-246
- WITT A.C., *The more economic approach to EU antitrust law*, Oxford, 2016
- ZAERA CUADRADO E., *Italian cross-border banking mergers: a case for Article 21 of the Merger Regulation?*, *Competition Policy Newsletter*, n. 3, 2005
- ZENGER H., WALKER M., *Theories of harm in European competition law: a progress report*, in BOURGEOIS J., WAELBROECK D. (a cura di), *Ten years of effects-based approach in EU competition law*, Bruxelles, 2012
- ZENO-ZENCOVICH V., *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in *Medialaws*, vol. 2, 2021
- ZIMMER D. (a cura di), *The Goals of Competition Law*, Cheltenham, 2012
- ZUBOFF S., *Il capitalismo della sorveglianza*, Roma, 2019

PRONUNCE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

- Corte giust., 5 febbraio 1963, causa C-26/62, *Van Gend en Loos c. Administratie der Belastingen*, ECLI:EU:C:1963:1
- Corte giust., 15 luglio 1964, causa 6-64, *Costa c. E.N.E.L.*, ECLI:EU:C:1964:66
- Corte giust., 21 febbraio 1973, causa 6-72, *Continental Can Company Inc. e a. c. Commissione*, in *Raccolta*, 1973 00215.

Corte giust., 27 marzo 1974, causa 127-73, *BRT e a. c. SV SABAM e NV Fonior*, ECLI:EU:C:1974:25

Corte giust., 25 ottobre 1977, causa C-26/76, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG contro Commissione*, ECLI:EU:C:1977:167

Corte giust., 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands Company e a. c. Commissione*, ECLI:EU:C:1978:22

Corte giust., 23 maggio 1978, causa 102/77, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*, ECLI:EU:C:1978:108

Corte giust., 9 novembre 1983, causa C-322/81, *N.V. Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Commissione*, ECLI:EU:C:1983:313

Corte giust., 17 novembre 1987, causa C-142/84, *British-American Tobacco Company Ltd e a. c. Commissione*, cause riunite 142 e 156/84, ECLI:EU:C:1987:490

Corte giust., 18 ottobre 1989, causa C-374/87, *Orkem c. Commissione*, ECLI:EU:C:1989:387

Corte giust., 10 dicembre 1991, causa C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova S.p.A. c. Siderurgica Gabrielli S.p.A.*, ECLI:EU:C:1991:464

Corte giust., 31 marzo 1998, cause riunite C-68/94 e C-30/95, *Francia e a. c. Commissione*, ECLI:EU:C:1998:148

Trib., 25 marzo 1999, causa T-102/96, *Gencor c. Commissione*, ECLI:EU:T:1999:65

Trib., 28 aprile 1999, causa T-221/95, *Endemol Entertainment Holding BV c. Commissione*, ECLI:EU:T:1999:85

Corte giust., 4 giugno 2002, causa C-483/99, *Commissione c. Francia*, ECLI:EU:C:2002:327

Trib., 6 giugno 2002, causa T-342/99, *Airtours c. Commissione europea*, ECLI:EU:T:2002:146

Trib., 22 ottobre 2002, causa T-310/01, *Schneider Electric SA c. Commissione europea*, ECLI:EU:T:2002:254

Trib., 25 ottobre 2002, causa T-5/02, *Tetra Laval BV c. Commissione europea*, ECLI:EU:T:2002:264

Trib., 3 aprile 2003, causa T-119/02, *Royal Philips Electronics NV e a. c. Commissione*, ECLI:EU:T:2003:101

Corte giust., 13 maggio 2003, causa C-463/00, *Commissione c. Regno di Spagna*, ECLI:EU:C:2003:272

Corte giust., 13 maggio 2003, causa C-98/01, *Commissione c. Regno Unito*, ECLI:EU:C:2003:273

Corte giust., 22 giugno 2004, causa C-42/01, *Repubblica portoghese c. Commissione*, ECLI:EU:C:2004:379

Trib., 21 settembre 2005, causa T-87/05, *Energias de Portugal S.A. c. Commissione*, ECLI:EU:T:2005:333

Trib., 14 dicembre 2005, causa T-210/01, *General Electric Company contro Commissione*, EU:T:2005:456

Trib., 27 settembre 2006, causa T-168/01, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commissione*, ECLI:EU:T:2006:265

Corte giust., 28 settembre 2006, cause riunite C-282/04 e C-283/04, *Commissione c. Regno dei Paesi Bassi*, ECLI:EU:C:2006:608

Corte giust., 23 novembre 2006, causa C-238/05, *Asnef-Equifax e a. c. Ausbanc*, ECLI:EU:C:2006:734

Trib., 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, ECLI:EU:T:2007:289

Corte giust., del 23 ottobre 2007, causa C-112/05, *Commissione c. Repubblica Federale di Germania*, ECLI:EU:C:2007:623

Corte giust., 6 marzo 2008, causa C-196/07, *Commissione c. Regno di Spagna*, ECLI:EU:C:2008:146

Corte giust., del 26 marzo 2009, causa C-326/07, *Commissione c. Repubblica italiana*, ECLI:EU:C:2009:193

Corte giust., 4 giugno 2009, causa C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV e a. c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, ECLI:EU:C:2009:343

Corte giust., 6 ottobre 2009, causa C-501/06 P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commissione*, ECLI:EU:C:2009:610

Trib., 28 aprile 2010, causa T-446/05, *Amann & Söhne GmbH & Co. KG e Cousin Filterie SAS c. Commissione*, ECLI:EU:T:2010:165

Trib., 2 settembre 2010, causa T-58/09, *Schemaventotto SpA c. Commissione*, ECLI:EU:T:2010:342

Trib., 15 dicembre 2010, causa T-427/08, *CEAHR c. Commissione*, ECLI:EU:T:2010:517

Trib., 24 maggio 2012, causa T-111/08, *MasterCard e a. c. Commissione*, ECLI:EU:T:2012:260

Trib., 7 giugno 2013, causa T-405/08, *Spar Österreichische Warenhandels c. Commissione*, ECLI:EU:T:2013:306

Corte giust., 22 ottobre 2013, cause riunite da C-105 a C-107/12, *Essent e a.*, ECLI:EU:C:2013:677

Trib., 5 settembre 2014, causa T-471/11, *Éditions Odile Jacob SAS c. Commissione*, ECLI:EU:T:2014:739

Corte giust., 11 settembre 2014, causa 67/13 P, *Groupement des cartes bancaires c. Commissione*, ECLI:EU:C:2014:2204

Trib., 21 gennaio 2015, causa T-355/13, *easyJet Airline Co. Ltd contro Commissione europea*, ECLI:EU:T:2015:36

Trib., 9 marzo 2015, causa T-175/12, *Deutsche Börse AG c. Commissione*, ECLI:EU:T:2015:148

Trib., 9 marzo 2015, causa T-175/12, *Deutsche Börse AG c. Commissione*, ECLI:EU:T:2015:148

Corte giust., 20 gennaio 2016, causa C-428/14, *DHL Express (Italy) Srl e DHL Global Forwarding (Italy) SpA c. AGCM*, ECLI:EU:C:2016:27

Corte giust., 21 gennaio 2016, causa C-74/14, *Eturas UAB e a. contro Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*, ECLI:EU:C:2016:42

Trib., 22 aprile 2016, causa T-50/06, *Irlanda e Aughinish Alumina Ltd contro Commissione europea*, ECLI:EU:T:2016:227

Trib., 27 aprile 2016, causa T-463/14, *Österreichische Post AG c. Commissione*, ECLI:EU:T:2016:243

Corte giust., 28 marzo 2017, causa C-72/15, *PJSC Rosneft Oil Company c. Her Majesty's Treasury e a.*, ECLI:EU:C:2017:236

Corte giust., parere 2/15 del 16 maggio 2017, *Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica di Singapore*, ECLI:EU:C:2017:376

Corte giust., 6 settembre 2017, causa C-413/14 P, *Intel Corp. Inc. c. Commissione*, ECLI:EU:C:2017:632

Corte giust., 23 novembre 2017, causa C-547/16, *Gasorba SL e a. contro Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA*, ECLI:EU:C:2017:891

Trib., 26 settembre 2018, causa T-574/14, *EAEPC c. Commissione europea*, ECLI:EU:T:2018:605

Trib., 12 dicembre 2018, causa T-691/14, *Servier c. Commissione*, ECLI:EU:T:2018:922

Trib., 24 settembre 2019, causa T-466/17, *Printeos SA e a. c. Commissione europea*, ECLI:EU:T:2019:671

Corte giust., 4 marzo 2020, causa C-10/18 P, *Mowi ASA c. Commissione*, ECLI:EU:C:2020:149

Trib., 28 maggio 2020, causa T-399/16, *CK Telecoms UK Investments Ltd c. Commissione*, ECLI:EU:T:2020:217

Trib., 20 ottobre 2020, causa T-380/17, *HeidelbergCement e a. c. Commissione*, ECLI:EU:T:2020:471

Corte giust., 2 febbraio 2021, causa C-481/19, *DB c. Consob*, ECLI:EU:C:2021:84

Trib., 10 novembre 2021, causa T-612/17, *Google e Alphabet c. Commissione (Google Shopping)*, ECLI:EU:T:2021:763

Corte giust., 25 gennaio 2022, causa C-181/20, *Vysočina Wind a.s. c. Česká republika*, ECLI:EU:C:2022:51

Corte giust., giudizio pendente, causa C-449/21, *Towercast c. Autorité de la Concurrence*

Corte giust., giudizio pendente, causa T-227/21, *Illumina, Inc c. Commissione*

Corte giust., giudizio pendente, causa T-755/21, *Illumina, Inc c. Commissione*

CONCLUSIONI DEGLI AVVOCATI GENERALI

Roemer, 21 novembre 1972, causa 6-72, *Continental Can Company Inc. e a. c. Commissione*, ECLI:EU:C:1972:101

Darmon, 7 luglio 1992, causa C-89/85, *A. Ahlström Osakeyhtiö e a. c. Commissione*, ECLI:EU:C:1992:293

Fennelly, 29 ottobre 1998, causa C-395/96 P, *Compagnie maritime belge transports SA e a. c. Commissione*, ECLI:EU:C:1998:518

Kokott, 30 marzo 2004, cause riunite C-184/02 e C-223/02, Cause riunite C-184/02 e C-223/02, *Regno di Spagna e Repubblica di Finlandia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, ECLI:EU:C:2004:194

Tizzano, 25 maggio 2004, causa C-12/03 P, *Commissione c. Tetra Laval BV*, ECLI:EU:C:2004:318

Kokott, 23 febbraio 2006, causa C-95/04 P, *British Airways plc c. Commissione*, ECLI:EU:C:2006:133

Mazák, 7 dicembre 2010, causa C-375/09, *Tele2 Polska*, ECLI:EU:C:2010:743

Wathelet, 26 settembre 2013, causa C-295/12 P, *Telefónica e Telefónica de España c. Commissione*, ECLI:EU:C:2013:619

Wahl, 15 ottobre 2015, causa C-268/14 P, *Italmobiliare S.p.A. c. Commissione*, ECLI:EU:C:2015:697

Wahl, 18 gennaio 2018, causa C-633/16, *Ernst & Young P/S c. Konkurrenserådet*, ECLI:EU:C:2018:23

Szpunar, 21 marzo 2019, causa C-673/17, *Verbraucherzentrale Bundesverband e a. c. Planet49 GmbH*, ECLI:EU:C:2019:246

Pitruzzella, 7 maggio 2020, causa C-132/19 P, *Groupe Canal+*, ECLI:EU:C:2020

Pitruzzella, 16 luglio 2020, causa C-372/19, *SABAM c. Weareone.World BVBA e a.*, ECLI:EU:C:2020:598

Rantos, 9 dicembre 2021, causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale e a. c. AGCM*, ECLI:EU:C:2021:998

**DECISIONI IN MATERIA ANTITRUST
DELLA COMMISSIONE EUROPEA E DELLE AUTORITÀ GARANTI NAZIONALI**

- AGCM, 3 dicembre 2008, n. 19248, caso C9812, *Compagnia Aerea Italiana/Alitalia Linee Aeree Italiane -AirOne* (Boll., 46/2008)
- AGCM, 11 aprile 2012, n. 23496, caso C9812B, *Monitoraggio post-concentrazione – Compagnia Aerea Italiana / Alitalia-Linee Aeree Italiane - AirOne* (Boll., 15/2012)
- AGCM, 5 luglio 2017, n. 26658, caso C12103, *Intesa Sanpaolo/Rami Di Azienda Di Banca Popolare Vicenza-Veneto Banca* (Boll., 26/2017)
- AGCM, 19 luglio 2017, n. 26683, caso I814, *Diritti internazionali* (Boll., 29/2017)
- AGCM, 5 settembre 2018, n. 27309, caso C12187, *Leasys / Win Rent* (Boll., 35/2018)
- Bundeskartellamt, 31 marzo 2015, caso B2-96/14, *EDEKA / Kaiser’s Tengelmann*
- Bundeskartellamt, 6 luglio 2020, caso B6-29/20, *ProSiebenSat / The Meet Group*
- Bundeskartellamt, 12 dicembre 2021, caso B6-37/21, *Meta / Kustomer*
- Commissione, 9 dicembre 1971, caso IV/26811, *Continental Can Company*
- Commissione, 2 ottobre 1991, caso M.053, *Aérospatiale-Alenia / de Havilland*
- Commissione, 21 dicembre 1995, caso M.567, *Lyonnaise Des Eaux / Northumbrian Water*
- Commissione, 19 dicembre 2019, caso M.9424, *Nvidia / Mellanox*
- Commissione, 19 ottobre 2018, caso M..8994, *Microsoft / GitHub*
- Commissione, 14 maggio 2008, *TomTom / Tele Atlas*
- Commissione, 2 luglio 2008, caso M.4942, *Nokia / Navteq*
- Commissione, 27 gennaio 1999, caso M.1346, *EdF / London Electricity*
- Commissione, 6 maggio 1999, caso IV/37 396, *Revised TACA*
- Commissione, 20 luglio 1999, caso IV/M.1616, *BSCH / Champalimaud*
- Commissione, 14 marzo 2000, caso M.1672, *Volvo / Scania*
- Commissione, 8 maggio 2000, caso, M.1846, *Glaxo Wellcome / Smithkline Beecham*
- Commissione, 22 novembre 2000, caso M.2054, *Secil / Holderbank / Cimpor*
- Commissione, 3 luglio 2001, caso M.2220, *General Electric / Honeywell*
- Commissione, 17 aprile 2002, caso M.2547 *Bayer / Aventis Crop Science*
- Commissione, 27 aprile 2005, caso M.3780, *ABN AMRO / Banca Antonveneta*
- Commissione, 27 aprile 2005, caso M.3768, *BBVA / BNL*
- Commissione, 25 aprile 2006, caso M.4110, *E.ON / Endesa*
- Commissione, 11 maggio 2006, caso M.7612, *Hutchison 3G UK / Telefonica UK*
- Commissione, 24 agosto 2006, caso M.4312, *Generali / Toro*

Commissione, 22 settembre 2006, caso M.4249, *Abertis / Autostrade*

Commissione, 26 settembre 2006, caso M.4197, *E.ON / Endesa (art. 21)*

Commissione, 20 dicembre 2006, caso M.4197, *E.ON / Endesa (art. 21) II*

Commissione, 9 luglio 2007, caso M.4740, *Unicredit / Capitalia*

Commissione, 19 febbraio 2008, caso M.4726, *Thomson Corporation / Reuters Group*

Commissione, 11 marzo 2008, caso M.4731, *Google / DoubleClick*

Commissione, 18 febbraio 2010, caso M.5727, *Microsoft / Yahoo! Search Business*

Commissione, 3 ottobre 2010, caso M.7217, *Facebook / WhatsApp*

Commissione, 10 novembre 2010, caso M.5960, *Crédit Agricole / Cassa Risparmio La Spezia / Agences Intesa Sanpaolo*

Commissione, 21 dicembre 2010, caso M.5932, *NewsCorp/ BSkyB*

Commissione, 26 gennaio 2011, caso M.5830, *Olympic / Aegean Airlines I*

Commissione, 1° febbraio 2012, caso M.6166, *Deutsche Börse / NYSE Euronext*

Commissione, 9 ottobre 2013, caso M.6796, *Aegean Airlines / Olympic II*

Commissione, 3 ottobre 2014, M.7217, *Facebook / WhatsApp*

Commissione, 26 gennaio 2015, caso M.7421, *Orange / Jazztel*

Commissione, 20 aprile 2015, caso M.7499, *Altice / PT Portugal*

Commissione, 18 dicembre 2015, caso M.7872, *Novartis / GSK (Ofatumumab autoimmune indications)*

Commissione, 24 febbraio 2016, caso M.7278, *General Electric / Alstom (Thermal Power - Renewable Power & Grid Business)*

Commissione, 31 maggio 2016, caso M.7559, *Pfizer / Hospira*

Commissione, 3 agosto 2016, caso M.7978, *Vodafone / Liberty Global*

Commissione, 6 dicembre 2016, caso M.8124, *Microsoft / LinkedIn*

Commissione, 27 marzo 2017, caso M.7932, *Dow / DuPont*

Commissione, 29 marzo 2017, caso M.7995, *Deutsche Börse / London Stock Exchange Group*

Commissione, 7 aprile 2017, caso M.8257, *NN Group / Delta Lloyd*

Commissione, 12 maggio 2017, caso M.8314, *Broadcom / Brocade*

Commissione, 27 giugno 2017, caso AT.39740, *Google Search (Shopping)*

Commissione, 18 gennaio 2018, caso M.8306, *Qualcomm / NXP Semiconductors*

Commissione, 29 maggio 2018, caso M.8084, *Bayer / Monsanto*

Commissione, 4 luglio 2018, caso M.8451, *Tronox / Cristal*

Commissione, 18 luglio 2018, caso AT.40099, *Google Android*

Commissione, 24 luglio 2018, caso AT.40182, *Pioneer (vertical restraints)*

Commissione, del 6 settembre 2018, caso M.8788, *Apple / Shazam*

Commissione, 28 novembre 2018, caso M.7326, *Medtronic / Covidien*
Commissione, 17 dicembre 2018, caso AT.40428, *Guess*
Commissione, 6 febbraio 2019, caso M.8677, *Siemens / Alstom*
Commissione, 20 marzo 2019, caso AT.40411, *Google Search (AdSense)*
Commissione, 14 luglio 2020, caso M.9014, *PKN Orlen/Grupa Lotos*
Commissione, 17 dicembre 2020, caso M.9660, *Google / Fitbit*
Commissione, 12 agosto 2021, caso M.10102, *VIG / Aegon CEE*
Commissione, 27 gennaio 2022, caso M.10262, *Meta / Kustomer*
Commissione, 21 febbraio 2022, caso M.10494, *VIG / Aegon CEE (art. 21)*
Commissione, caso pendente, AT.40462, *Amazon Marketplace*
Commissione, caso pendente, AT.40703, *Amazon – Buy Box*
Commissione, caso pendente, AT.40716, *Apple – App Store Practices*
Commissione, caso pendente, AT.40652, *Apple – App Store Practices (e-books/audiobooks)*
Commissione, caso pendente, AT.40437, *Apple - App Store Practices (music streaming)*
Commissione, caso pendente, AT.40452, *Apple - Mobile payments*
Commissione, caso pendente, AT.40684, *Facebook leveraging*
Commissione, caso pendente, AT.40774, *Google-Facebook (Open Bidding) agreement*

ATTI DELL'UNIONE EUROPEA

Comitato intergovernativo per la Conferenza di Messina, *Rapport des Chefs de Delegation aux Ministres des Affaires Etrangères*, 21 aprile 1956
Comunicazione consolidata della Commissione europea sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (G.U.U.E. C 95 del 16 aprile 2008)
Comunicazione della Commissione europea concernente le misure correttive considerate adeguate a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio e del regolamento (CE) n. 802/2004 della Commissione (G.U.U.E. C 267 del 22 ottobre 2008)
Comunicazione della Commissione europea concernente una procedura semplificata per l'esame di determinate concentrazioni a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio (G.U.U.E. C 366 del 14 dicembre 2013)

Comunicazione della Commissione europea del 14 ottobre 2011, Politica industriale: rafforzare la competitività, COM(2011) 642

Comunicazione della Commissione europea del 19 febbraio 2020, Una strategia europea per i dati, COM(2020) 66

Comunicazione della Commissione europea del 2 luglio 2014, Verso una florida economia basata sui dati, COM(2014) 442 final

Comunicazione della Commissione europea del 25 maggio 2016, le piattaforme online e il mercato unico digitale. Opportunità e sfide per l'Europa, COM(2016) 288

Comunicazione della Commissione europea del 28 ottobre 2010, Una politica industriale integrata per l'era della globalizzazione. Riconoscere il ruolo centrale di concorrenzialità e sostenibilità, COM(2010) 614

Comunicazione della Commissione europea del 3 marzo 2010, Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, COM(2010) 2020

Comunicazione della Commissione europea sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza (G.U.U.E. C 101 del 27 aprile 2004)

Comunicazione della Commissione europea sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, (in G.U.U.E. C 372 del 9 dicembre 1997)

Comunicazione della Commissione europea sulle restrizioni direttamente connesse e necessarie alle concentrazioni (G.U.U.E. C 56 del 5 marzo 2005)

Comunicazione della Commissione europea, *A competition policy fit for new challenges*, COM(2021) 713, 18 novembre 2021

Comunicazione della Commissione, Linee direttrici. La nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (G.U.U.E. C 101 del 27 aprile 2004)

Direttiva 88/361/CEE del Consiglio per l'attuazione dell'articolo 67 del Trattato (G.U.C.E. L 178 dell'8 luglio 1988), 24 giugno 1988

Documento di lavoro della Commissione europea, *Advancing the Internet of Things in Europe*, SWD(2016) 110, 19 aprile 2016

Documento di lavoro della Commissione europea, *Commission Staff Working document accompanying the document White Paper towards more effective EU merger control*, SWD(2014) 221, 9 luglio 2014

Documento di lavoro della Commissione europea, *Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control*, SWD(2021) 66, 26 marzo 2021

Documento di lavoro della Commissione europea, *Evaluation of the Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law of 9 December 1997*, SWD(2021) 199, 12 luglio 2021

Documento di lavoro della Commissione europea, *Online platform and the digital single market*, SWD(2016) 172, 25 maggio 2016

Documento di lavoro della Commissione europea, *Preliminary Report - Sector Inquiry Into Consumer Internet Of Things*, SWD(2021) 144, 9 giugno 2021

Documento di lavoro della Commissione europea, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a framework for screening of foreign direct investments into the European Union*, SWD(2017) 297, 13 settembre 2017

Documento di lavoro della Commissione, *Best practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of Articles 101 and 102 TFEU and in merger cases*, SEC/2011/1216, 17 ottobre 2011

Libro bianco della Commissione europea, *Verso un controllo più efficace delle concentrazioni nell'UE*, COM(2014) 449, 9 luglio 2014

Libro verde della Commissione europea sul controllo comunitario delle operazioni di concentrazione, COM(96)19, 1° febbraio 1996

Libro verde della Commissione europea sulla revisione del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio, COM(2001) 745, 11 dicembre 2001

Memorandum della Commissione europea, *Le problème de la concentration dans le marché commun*, Série Concurrence n. 3, Bruxelles, 1966

Nona relazione generale sull'attività delle Comunità europee nel 1975, Bruxelles-Lussemburgo, febbraio 1976

Orientamenti della Commissione europea agli Stati membri per quanto riguarda gli investimenti esteri diretti e la libera circolazione dei capitali provenienti da paesi terzi, nonché la protezione delle attività strategiche europee, in vista dell'applicazione del regolamento (UE) 2019/452 (G.U.E. C 99I del 26 marzo 2020)

Orientamenti della Commissione europea relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (G.U.U.E. C 31 del 5 febbraio 2004)

Orientamenti della Commissione europea relativi alla valutazione delle concentrazioni non orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (G.U.U.E. C 265 del 18 ottobre 2008)

Parere del Comitato economico e sociale europeo in merito alla proposta di Regolamento (CEE) del Consiglio sul controllo delle concentrazioni (G.U.C.E. C 88 del 26 luglio 1974)

Prima relazione annuale della Commissione europea al Parlamento europeo e al Consiglio sul controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione, COM/2021/714, 2021

Proposta di regolamento (CEE) del Consiglio sul controllo delle concentrazioni, 20 luglio 1973 (G.U.C.E. C 92 del 31 ottobre 1973)

Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali), COM/2020/842

Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno, COM(2021) 223, 5 maggio 2021

Proposta modificata della Commissione europea concernente un regolamento sul controllo delle concentrazioni di imprese, COM(81)773, 9 dicembre 1981

Proposta modificata di regolamento (CEE) del Consiglio sul controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, COM(88) 97 (G.U.C.E. C 130 del 19 maggio 1988)

Proposta modificata di regolamento (CEE) del Consiglio sul controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, COM(88) 734 (G.U.C.E. C 22 del 28 gennaio 1989)

Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (G.U.U.E. L 1 del 4 gennaio 2003)

Regolamento (CE) n. 1310/1997 del Consiglio del 30 giugno 1997 che modifica il regolamento (CEE) n. 4064/89 relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (G.U.U.E. L 180 del 9 luglio 1997)

Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (G.U.U.E. L 24 29 gennaio 2004).

Regolamento (CE) n. 802/2004 di esecuzione del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (G.U.U.E. L 336/1 del 14 dicembre 2013)

Regolamento (CEE) n. 4064/1989 del Consiglio, del 21 dicembre 1989, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (G.U.C.E. L 395 del 30 dicembre 1989)

Regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online (G.U.U.E. L 186 dell'11 luglio 2019)

Regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione (G.U.U.E. L 79/1, 21 marzo 2019)

Relazione annuale 2020 del Parlamento europeo sulla politica della concorrenza, A9-0168/2021, 18 maggio 2021

Relazione annuale della Commissione europea sulla politica di concorrenza, VI, Bruxelles-Lussemburgo, 1977

Relazione della Commissione europea sul funzionamento del regolamento n. 139/2004, COM(2009) 281, 18 giugno 2009

Risoluzione del Parlamento europeo del 14 marzo 2017 sulle implicazioni dei *big data* per i diritti fondamentali: privacy, protezione dei dati, non discriminazione, sicurezza e attività di contrasto, 2016/2225(INI) (G.U.U.E. C 263/82 del 25 luglio 2019)

Risoluzione del Parlamento europeo del 5 maggio 2021 sulla proposta della Commissione delle Comunità europee al Consiglio concernente un regolamento sul controllo delle concentrazioni (G.U.C.E. C 23 dell'8 marzo 1974)

Risoluzione del Parlamento europeo sulla disciplina della concorrenza e la posizione delle imprese europee nel mercato comune e nell'economia mondiale, 7 giugno 1971 (G.U.C.E. C 66 del 1° luglio 1971, pp. 1-13)

ATTI

DI ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI

Conferenza al vertice di Parigi, Dichiarazione e comunicato finale, 19-20 ottobre 1972 (in *Rivista di Studi Politici Internazionali*, vol. 39, n. 4, 1972, pp. 624-630)

ECA, *Principles on the application, by National Competition Authorities within the ECA, of Articles 4 (5) and 22 of the EC Merger Regulation*, gennaio 2005

EU MERGER WORKING GROUP, *Best Practices on Cooperation between EU National Competition Authorities in Merger Review*, 8 novembre 2011

G7, *Compendium of approaches to improving competition in digital markets*, 29 novembre 2021

ICN, *Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures*, 2002

OCSE, *Glossary of industrial organisation economics and competition Law*, 1993

OCSE, *Roundtable on portfolio effects in conglomerate mergers*, 2001, DAFPE/CLP, 2001

OCSE, *Recommendation of the Council on Merger Review*, OECD/LEGAL/0333, 2005

OCSE, *Roundtable on cross-border merger control: challenges for developing and emerging economies*, GF(2011)1, 2011

OCSE, *Exploring Data-Driven Innovation as a New Source of Growth: Mapping the Policy Issues Raised by "big data"*, OECD Digital Economy Papers, 2013

OCSE, *Public interest considerations in merger control, Background paper by the Secretariat*, WP3(2016)3, 2016

OCSE, *Big data: Bringing Competition Policy To The Digital Era*, Background note by the Secretariat, COMP(2016)14, 2016

OCSE, *Local nexus and jurisdictional thresholds in merger control*, WP3(2016)4, 2016

- OCSE, *Public interest considerations in merger control, Note by the European Union*, WD(2016)11, 2016
- OCSE, *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*, 2017
- OCSE, *Regional competition agreements: benefits and challenges*, Background note by the Secretariat, GF(2018)5, 2018
- OCSE, *Suspensory Effects of Merger Notifications and Gun Jumping*, Background note by the Secretariat, COMP(2018)11, 2019
- OCSE, *Merger control in dynamic markets*, 2020s
- OCSE, *Global Merger Control*, OECD Competition Trends, vol. II, 2021